



Hak Cipta Dilindungi Undang-Undang

1. Dilarang mengutip sebagian atau seluruh karya tulis ini tanpa mencantumkan dan menyebutkan sumber:

- a. Pengutipan hanya untuk kepentingan pendidikan, penelitian, penulisan karya ilmiah, penyusunan laporan, penulisan kritik atau tinjauan suatu masalah.
- b. Pengutipan tidak merugikan kepentingan yang wajar Unand.

2. Dilarang mengumumkan dan memperbanyak sebagian atau seluruh karya tulis ini dalam bentuk apapun tanpa izin Unand.

RELEVASI SANKSI PIDANA ISLAM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

TESIS



**ASEP ROMDON
0821211021**

**PROGRAM PASCASARJANA
UNIVERSITAS ANDALAS
2010**

“Sesungguhnya kami telah menurunkan kitab (Al-Quran) kepadamu dengan membawa kebenaran, supaya kamu mengadili manusia dengannya, janganlah kamu menjadi penentang (kebenaran) karena membela (orang-orang) yang khianat”. (QS. An-Nisaa /4 ayat 105)

Sanksi Pidana jelas memberikan rasa derita bagi pelaku tetapi sekaligus sebagai sarana menyucikan diri (pembinaan) dan mewujudkan rasa keadilan masyarakat. Sanksi pidana Islam bersumber pada tuntunan Illahiyah untuk mewujudkan keadilan masyarakat. Jika mengabaikan tuntunan Illahiyah maka tunggulah kehancuran tatanan hukum...



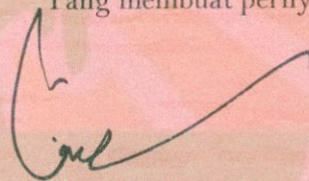
*Tesis ini kupersembahkan untuk:
kedua orang tua tercinta
isteri dan anak tersayang
tentunya pengabdian diri kepada Allah Yang Maha Adil dan Bijaksana
semoga memberi manfaat bagi segenap insan.*

PERNYATAAN KEASLIAN TESIS

Dengan ini menyatakan bahwa isi tesis yang saya tulis, berjudul *Relevansi Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, adalah hasil karya saya sendiri dan bukan merupakan jiplakan dari hasil karya orang lain, kecuali kutipan yang sumbernya dicantumkan. Apabila di kemudian hari pernyataan ini tidak benar, maka kelulusan dan gelar yang saya peroleh menjadi batal dengan sendirinya.

Padang, 16 Juli 2010

Yang membuat pernyataan,



ASEP ROMDON
NIM. 0821211021

Lembaran Pengesahan

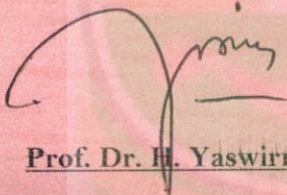
Judul : RELEVANSI SANKSI PIDANA ISLAM DALAM
PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA
Nama : Asep Romdon
NIM : 0821211021
Program Studi : Ilmu Hukum

Tesis ini telah diuji dan dipertahankan di depan sidang panitia ujian akhir
Magister Hukum Program Pascasarjana Universitas Andalas Padang dan
dinyatakan lulus pada tanggal 16 Juli 2010.

Mengesahkan :

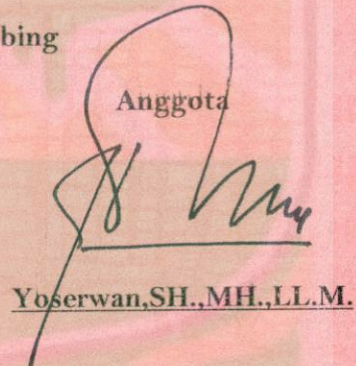
1. Komisi Pembimbing

Ketua



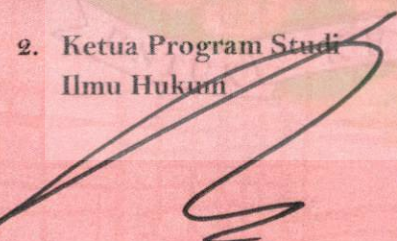
Prof. Dr. H. Yaswirman, MA.

Anggota




Yoserwan, SH., MH., LL.M.

2. Ketua Program Studi Ilmu Hukum



Prof. Dr. Yuliandri, SH., MH.
NIP. 196207181988101001

3. Direktur Program Pascasarjana



Prof. Dr. Ir. H. Novirman Jamarun, M.Sc.
NIP. 195511061980031001



KATA PENGANTAR

Segala Puji dan Syukur dipanjatkan kehadirat Allah SWT yang telah melimpahkan Rahmat dan Karunia-Nya kepada kita. Shalawat beriring Salam dihaturkan kepada baginda Nabi Muhammad saw, yang telah menyampaikan dan mewariskan dua sumber utama pedoman hidup bagi seluruh umat manusia.

Alhamdulillah, penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis ini dengan judul "Relevansi Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia". Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Andalas. Proses penelitian penyusunan, dan penulisan tesis ini didorong oleh motivasi dan bantuan banyak pihak yang tidak terhingga nilainya. Berkenaan hal itu, penulis mengucapkan terima kasih setulus hati terutama kepada:

1. Bapak Prof. Dr. H. Yaswirman,MA dan Bapak Yoserwan,SH.,MH.LL.M sebagai ketua dan anggota komisi pembimbing, yang telah memberikan arahan serta bimbingan dalam proses penyusunan dan penyelesaian penulisan tesis ini.
2. Bapak Prof. Dr. Teguh Sulistia,SH.,MH, Bapak Prof. Dr. Ismansyah,SH.,MH dan Bapak Dr. Ferdi, SH.,MH, selaku dosen undangan yang memberikan saran untuk kesempurnaan penulisan tesis ini.
3. Bapak Direktur, Bapak Asdir, Bapak Ketua Program Studi dan Sekretaris Program Studi Ilmu Hukum, Bapak dan Ibu Dosen, Staf Tata Usaha, Akademik, dan Perpustakaan Pascasarjana Universitas Andalas.
4. Rekan-rekan mahasiswa Pascasarjana Program Studi Ilmu Hukum angkatan 2008, atas kerja sama dan saling memotivasi yang diperlukan dalam penulisan tesis ini.
5. Ayahanda Drs. H.ME. Rustandi (Alm) dan Ibunda Siti Jaozah, istriku tersayang Titin Alawiah,A.Md, anakku Muhammad Alfian Al-Faizi, adik-adikku serta seluruh saudara keluarga besarku atas do'a dan dorongannya menambah motivasi penulis dalam penyelesaian penulisan tesis ini.

Atas motivasi, arahan, bimbingan, serta bantuan tersebut penulis menyampaikan do'a kepada Allah SWT semoga diterima-Nya sebagai amal kebaikan yang bernilai ibadah dan membalasnya dengan kebaikan yang lebih sempurna. Amiin.

Akhirnya, semoga penulisan tesis ini bermanfaat bagi kita semua, tidak lupa saran, evaluasi dan kritik konstruktif dari semua pihak sangat diharapkan untuk penyempurnaan penulisan di masa yang akan datang.



Padang, Juli 2010

Penulis,

Asep Romdon
0821211021

ABSTAK

Dilatarbelakangi oleh buruknya kondisi hukum dan meningkatnya kejahatan, pemerintah Republik Indonesia berupaya melakukan Pembaharuan hukum secara keseluruhan. Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) merupakan bagian dari kebijakan pidana (*penal policy*) dalam rangka upaya penanggulangan kejahatan (*kiminal policy*). *Penal reform* dalam arti sempit, yakni pembentukan Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Rancangan KUHP), di Indonesia, telah lama dilakukan, dan saat ini menjadi prioritas dari program legislasi nasional tahun 2010-2014. Masalah sentral dalam *penal reform* adalah mengenai perbuatan pidana dan jenis/bentuk sanksi pidana. Adapun sumber materil bagi bahan penyusunannya (sumber transformasi) meliputi hukum Islam, hukum adat dan hukum barat (teks hukum positif). Ketiga sumber transformasi tersebut memiliki kedudukan dan peranan yang sama dalam mewujudkan hukum pidana nasional Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar RI Tahun 1945. Namun, bila diperhatikan transformasi hukum Islam ke dalam Rancangan KUHP, baru sebatas menentukan tentang perbuatan/tindak pidana belum menentukan jenis/bentuk pidananya.

Berdasarkan latar belakang tersebut penulis melakukan penelitian dengan judul Relevansi Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia. Pokok masalah dalam penelitian ini adalah 1) Bagaimana bentuk sanksi pidana dalam hukum Islam dan kaitannya dengan tujuan pemidanaan; 2) bagaimana sanksi pidana Islam relevan dalam Pembaharuan hukum pidana berkaitan dengan upaya penanggulangan kejahatan di Indonesia. Metode penelitian yang digunakan adalah tipologi *legal research* atau *yurudis normative*, dengan pendekatan *deskriptif analitis* secara *kualitatif*.

Hasil penelitian memberikan gambaran dan kesimpulan bahwa 1) sanksi pidana Islam dikelompokkan menjadi *had/hudud* dan *ta'zir*; jenis sanksi pidana tersebut mewarnai bahkan diadopsi oleh Rancangan KUHP, misalnya pidana mati, pidana penjara, pidana ganti rugi yang dikelompokkan menjadi pidana pokok dan pidana tambahan; kaitannya dengan tujuan pemidanaan dalam Rancangan KUHP, bahwa sanksi pidana Islam sangat erat hubungannya dengan pencapaian tujuan pemidanaan dalam Rancangan KUHP karena secara konseptual sejalan dengan tujuan pemidanaan dalam hukum Islam; 2) berdasarkan alasan agamis, filosofis, yuridis, sosiologis dan akademis, sanksi pidana Islam relevan dalam Pembaharuan hukum pidana, bahkan menjadi alternatif prospektif dalam upaya penanggulangan kejahatan di Indonesia. Adapun rekomendasi hasil penelitian sebagai berikut: 1) Keterkaitan sanksi pidana Islam dan tujuan pemidanaan di Indonesia seharusnya disikapi dengan menerima ketentuan hukum Islam secara terbuka (termasuk menerima jenis pidananya) bagi usaha pembangunan sistem hukum pidana nasional Indonesia yang bersifat *cultural religious*; 2) mengingat masih terjadi perbedaan persepsi seputar adopsi sanksi pidana Islam, hendaknya pihak terkait dalam pengkajian, perumusan dan penyusunan Rancangan KUHP, melakukan dua hal, pertama pengkajian kembali secara mendalam dan objektif tentang pidana Islam, kemudian memformulasikannya atas perbuatan pidana tertentu; kedua melakukan sinkronisasi dan sosialisasi sistem pidana Islam. Dua hal ini penting dilakukan demi mewujudkan kebijakan formulasi hukum pidana nasional yang mampu efektif menanggulangi kejahatan di Indonesia dengan prinsip pencegahan lebih utama dari pada pemidanaan.

DAFTAR ISI

Halaman

Pernyataan Keaslian Tesis

Lembaran Pengesahan

Kata Pengantar

i

Abstrak

iii

Daftar Isi

iv

Daftar Tabel

vi

BAB I PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah	1
1.2 Rumusan Masalah	19
1.3 Tujuan Penelitian	20
1.4 Manfaat Penelitian	20
1.5 Kerangka Teoritis dan Konseptual	21
1.6 Metode Penelitian	37
1.7 Sistematika Penulisan	39

BAB II BENTUK-BENTUK SANKSI PIDANA DAN PEMIDANAAN

DALAM HUKUM ISLAM DAN KAITANNYA DENGAN

TUJUAN PEMIDANAAN INDONESIA

2.1 Islam dan Hukum Pidana	41
2.2 Asas-asas Hukum Pidana dalam Hukum Islam	51
2.3 Perbuatan pidana (<i>jarimah/delict</i>) dalam Hukum Islam	64
2.4 Bentuk sanksi pidana dalam Hukum Islam	71
2.5 Pemidanaan dalam Hukum Islam	87
2.6 Bentuk-bentuk pidana Islam dan kaitannya dengan tujuan pemidanaan di Indonesia	93
2.7 Keunggulan Hukum Pidana Islam	101

BAB III FORMULASI PIDANA ISLAM DAN PEMBAHARUAN
HUKUM PIDANA BERKAITAN DENGAN UPAYA
PENANGGULANGAN KEJAHATAN DI INDONESIA

3.1 Upaya Penanggulangan Kejahatan di Indonesia	111
3.2 Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia	116
3.3 Aspek Agama dalam Pembaharuan Hukum Pidana	122
3.4 Formulasi Pidana Islam	136

BAB IV RELEVANSI SANKSI PIDANA ISLAM DALAM
PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

4.1 Pentingnya Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia	140
4.2 Formulasi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana	150
4.3 Relevansi Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.....	173

BAB V KESIMPULAN DAN SARAN

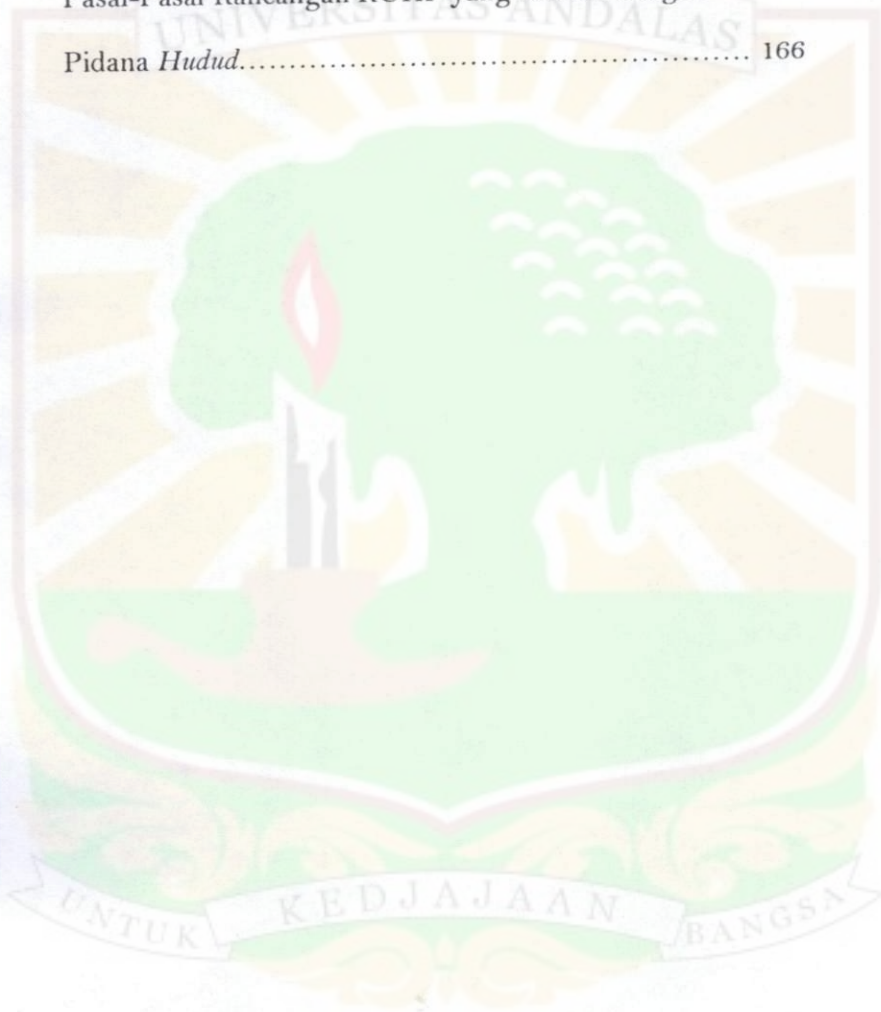
5.1 Kesimpulan	176
5.2 Saran	177

DAFTAR PUSTAKA

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

DAFTAR TABEL

Tabel 1	Formulasi Pidana Islam	150
Tabel 2	Jenis Pidana Islam dalam Rancangan KUHP.....	154
Tabel 3	Pasal-Pasal Rancangan KUHP yang relevan dengan Pidana <i>Hudud</i>	166



BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Indonesia merupakan negara hukum¹, bukan negara agama tetapi juga bukan negara yang mengenyampingkan agama. Jika dikaitkan bunyi Pasal 1 Ayat (3) UUD RI Tahun 1945 dengan Pasal 29 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 yang berbunyi Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa, maka negara hukum yang dimaksud adalah Negara hukum yang integral dengan agama. Menurut Tahir Azhary, konsep Negara hukum di Indonesia bukanlah konsep negara hukum seperti di negara-negara Barat yang memisahkan / mengasingkan agama dari wilayah hukum melainkan negara hukum yang tidak terpisah dari agama.²

Berdasarkan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 tersebut, maka secara konstitusional, Indonesia merupakan negara hukum yang berkaitan erat dan berpadu/integral dengan agama. Karenanya, aspek agama sangat berperan penting dalam pembentukan dan pelaksanaan hukum. Adapun di Barat yang berkaitan hanya negara dan hukum, sedangkan agama berada di luar keduanya (sekuler)³. Ini artinya, konstitusi di Indonesia menghendaki konsep negara hukum yang berbeda dengan di Barat. Konsep Negara hukum Indonesia, meliputi sistem pemerintahan dan sistem hukumnya dilandasi nilai-nilai agama sebagai manifestasi negara yang berdasar pada Ketuhanan Yang Maha Esa.

¹ Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hasil amandemen ke-3, menegaskan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum. Sebelum dilakukan amandemen (perubahan), dalam penjelasannya dikemukakan bahwa Indonesia adalah Negara berdasarkan hukum (*rechtstaat*) dan tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtstaat*).

² Muhammad Tahir Azhary, dalam Yaswirman, *Hukum Keluarga Adat dan Islam*, Andalas University Press, Padang, 2006, hlm. 1.

³ *Ibid.*

Hukum pidana merupakan bagian dari sistem hukum Indonesia, dewasa ini sedang direformasi menjadi suatu sistem hukum pidana nasional yang berakar pada hukum yang hidup di masyarakat, mengakomodir kepentingan nasional, kepentingan masyarakat dan kepentingan individu berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Demikianlah, cita-cita sistem hukum pidana Indonesia yang dilandasi nilai-nilai agama dan nilai adat untuk mengikuti dan mengontrol perkembangan hukum dan masyarakat.

Perkembangan hukum di Indonesia saat ini masih menjadi sorotan tajam, bahkan bernilai kurang baik dari sebagian besar masyarakat. Ranah hukum pidana, terutama proses peradilan pidana menempati posisi atas yang mendapat sorotan bahkan celaan yang luar biasa. Padahal, proses peradilan pidana⁴ bermuara pada penjatuhan dan eksekusi pidana. Penilaian itu didasarkan pada kenyataan bahwa penegakan hukum di Indonesia masih tidak efektif. Salah satu indikator tidak efektifnya penegakan hukum dikarenakan lemahnya hukum pidana yang kemudian menyebabkan kejahatan atau tindak pidana, baik konvensional maupun yang non konvensional semakin marak dan mengalami peningkatan⁵.

Kejahatan atau perbuatan pidana yang dewasa ini marak terjadi di Indonesia, meliputi kejahatan yang membahayakan menimbulkan kerugian terhadap orang dan benda/harta kekayaan. Misalnya pembunuhan, penganiayaan, pencurian, terorisme, pengrusakan barang dan sebagainya. Contoh konkrit yang

⁴ Proses peradilan pidana dilaksanakan oleh lembaga-lembaga yang disebut sebagai komponen sistem peradilan pidana yang terdiri dari kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Lihat Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Bina Cipta, Bandung, 1996, hlm. 7. Berdasarkan Pasal 5 ayat (1) UU No.18 Tahun 2003 tentang Advokat, yang menyatakan bahwa advokat sebagai penegak hukum, maka Advokat menjadi komponen sistem peradilan pidana.

⁵ Salah satu ciri peningkatan kejahatan ditandai dengan meningkatnya hunian Lembaga Pemasyarakatan dan Rumah Tahanan Negara sehingga *overcapacity*. Data dari tahun 2004 sampai Maret 2009 terjadi peningkatan dan *overcapacity* rata-rata sekitar 51%. lihat data lengkap pada Ditjen. Pemasyarakatan, <http://www.ditjenpas.go.id>, diakses tanggal 12 Februari 2010, jam 16.30 wib.

terjadi saat ini, misalnya penganiayaan terhadap Tama S. Langkun (aktivis Indonesia Corruption Watch/ICW), pengrusakan kantor majalah TEMPO, pembunuhan keluarga di Sulawesi, pembobolan ATM, korupsi dan seterusnya⁶.

Peningkatan kejahatan timbul (selain karena faktor-faktor kriminologis)⁷, juga karena ketidakmampuan hukum pidana (terutama stelsel pidana) yang berlaku dalam menanggulangi kejahatan. Artinya, bentuk –bentuk pidana yang ada sebagai kebijakan pidana tidak menimbulkan efek jera terhadap pelaku dan juga tidak mempunyai efek pencegahan bagi (*potential offender*) masyarakat umum. Bentuk pidana yang dijatuhkan terhadap pelaku sesuai dengan apa yang diancamkan dalam perbuatan pidana yang didakwakan melalui proses peradilan pidana.

Proses peradilan pidana selanjutnya menentukan bersalah atau tidaknya terdakwa, jika dinyatakan bersalah, dan dapat dipertanggungjawabkan, hakim menjatuhkan pidana (*veroordeling*). Berdasarkan vonis yang telah *in kracht*, pidana dilaksanakan di lembaga pemasyarakatan⁸. Pelaksanaan pidana di lembaga pemasyarakatan memiliki tujuan rehabilitasi dan resosialisasi narapidana menjadi manusia yang insyaf, kembali ke tengah masyarakat sebagai anggota masyarakat yang baik dan bertanggung jawab. Ironisnya, dalam lembaga pemasyarakatan

⁶ Untuk melihat berita-berita tentang kriminalitas dan masalah hukum, lihat antara lain di <http://www.tvone.co.id>, lihat juga di <http://www.detiknews.com>, atau <http://www.lintasberita.com>, terakhir diakses tanggal 7 Juli 2010, jam 23.45 wib.

⁷ Mengenai sebab-sebab terjadinya kejahatan secara kriminologis baik karena faktor subjektif pelaku atau karena pengaruh lingkungan, lihat lengkapnya dalam Topo Santoso dan Eva Achjani Zulfa, *kriminologi*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 35-86. Lihat juga Romli Atmasasmita, *Teori dan Kapita Selekta Kriminologi*, Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 3 dst.

⁸ Berdasarkan Pasal 10 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana), bentuk-bentuk pidana terdiri dari pidana pokok (pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda, pidana tutupan) dan pidana tambahan (pencabutan hak, perampasan barang, pengumuman putusan hakim). Adapun bentuk pidana yang dilaksanakan di lembaga pemasyarakatan meliputi pidana penjara, pidana kurungan dan pidana tutupan. Pelaksanaan pidana di lembaga pemasyarakatan berpedoman pada Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan beserta peraturan pelaksanaannya, termasuk Blue Print Pemasyarakatan.

atau rumah tahanan Negara sebagai tempat menjalani pidana terjadi juga tindak pidana⁹. Akibatnya, timbullah masalah baru yakni stigmatisasi lembaga pemasyarakatan atau rumah tahanan Negara sebagai “sekolah tinggi ilmu kejahatan” yang mencetak pelaku kejahatan lebih profesional.

Perkembangan kejahatan ditandai dengan meningkatnya rating kejahatan mulai dari penyidikan sampai pelaksanaan pidana di lembaga pemasyarakatan. Dengan tingginya rating kejahatan, pelaksanaan pidana di lembaga pemasyarakatan menjadi tidak efektif bahkan kontra produktif dengan tujuan pemidanaan sebab melahirkan kejahatan baru dengan modus operandi yang bervariasi.

Kondisi meningkatnya kejahatan dan reputasi hukum demikian, menjadi dorongan serius bagi pemerintah melakukan berbagai upaya untuk mengatasi permasalahan ini. Upaya dimaksud misalnya, pembenahan institusi penegak hukum (restrukturisasi struktural dan fungsional), penempatan sumber daya manusia yang profesional dan berkualitas pada institusi penegak hukum, pembentukan satuan tugas khusus (seperti densus 88), pembentukan komisi-komisi hukum dan seterusnya. Namun upaya ini belum mampu menanggulangi kejahatan apalagi mendongkrak citra hukum di Indonesia menjadi lebih baik.

Ketidakmampuan menanggulangi kejahatan seperti itu, menimbulkan banyak pertanyaan. Pertanyaan yang muncul atas keadaan ini, misalnya apakah upaya yang dilakukan tidak sebanding dengan kejahatan yang terjadi, ataukah (seperti pernah dikemukakan Harkristuti Harkrisnowo), apakah hukum pidana

⁹ Misalnya, terjadi pungli, tawuran/perkelahian, beredarnya barang terlarang (narkoba dan senjata tajam), prostitusi, selengkapnya lihat “Masalah-masalah di Lembaga Pemasyarakatan”, <http://www.ditjenpas.go.id> atau di <http://www.tvone.com>, lihat juga di <http://www.detiknews.com>, diakses tanggal 28 Oktober 2009, jam 14.30 wib.

meliputi sistem pidana dan proses peradilan pidana telah mencapai titik nadir?¹⁰, apakah pilihan bentuk pidana melalui politik hukum pidana tidak sebanding dengan perbuatan pidana ataukah pidana tidak dilandasi nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat, ataukah pidana itu sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat? sehingga mengakibatkan pidana tersebut tidak dapat berfungsi secara efektif menanggulangi kejahatan.

Padahal patut disadari, bahwa pidana merupakan kesepakatan yang dibuat (produk politik) sebagai reaksi terhadap kejahatan atau pelanggaran hukum pidana (sarana kontrol sosial). Seharusnya dan sepantasnya bidang pidana merupakan sublimasi dari semua nilai yang ada dalam masyarakat¹¹. Semua nilai-nilai tersebut kemudian dirangkum dan dirumuskan oleh legislator sebagai kebijakan hukum pidana untuk diterapkan oleh aparat penegak hukum dalam sistem peradilan pidana.

Persoalannya, apakah legislator telah melakukan tugasnya merumuskan ketentuan pidana sesuai dengan rasa keadilan, berdasarkan Ketuhanan, selaras dengan hati nurani masyarakat dan menggali nilai-nilai yang hidup di masyarakat? Apakah aparat penegak hukum telah bertindak sesuai dengan nilai-nilai Ketuhanan dan rasa keadilan, selaras nurani masyarakat dalam menegakan hukum dan keadilan?

Pertanyaan-pertanyaan semacam itu dijawab dengan fakta aktual hari ini, bahwa masih menunjukan terjadinya anomali (kekacauan) dalam penegakan

¹⁰ Harkristuti Harkrisnowo, *Rekonstruksi Konsep Pemidanaan, Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pemidanaan di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Tetap Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2003, hlm. 2.

¹¹ Nilai-nilai yang menentukan positif atau negative, baik atau buruk, benar atau salah, dan seterusnya berkaitan dengan nilai-nilai moral, nilai etika, nilai agama, nilai adat yang secara turun-temurun diakui berlaku sepanjang masa sebagai pola dan tatanan hidup yang diterapkan sebagai bentuk norma susila, norma kesopanan, norma agama dan norma adat. Norma-norma tersebut diakui dan dipatuhi sebagai pedoman dalam kehidupan masyarakat.

hukum. Anomali ukum seperti itu, kemudian diarifi Negara dengan upaya Pembaharuan hukum. Pembaharuan hukum khususnya Pembaharuan hukum pidana, selalu dilakukan negara-negara di dunia untuk memenuhi dan menyesuaikan diri dengan kebutuhan dan perkembangan hukum masyarakat dalam menanggulangi kejahatan.

Bagi negara merdeka namun masih memberlakukan hukum warisan kolonial, usaha Pembaharuan hukum didasarkan pada alasan-alasan, baik politik, sosiologis, maupun praktis. Alasan politik dilandasi oleh pemikiran bahwa suatu Negara merdeka harus mempunyai hukum sendiri yang bersifat nasional demi kebanggaan nasional. Apalagi Indonesia yang sudah merdeka sejak 65 tahun yang lalu, sudah sepantasnya memiliki hukum nasional produksi bangsa sendiri. Alasan sosiologis menghendaki adanya hukum yang mencerminkan nilai-nilai kebudayaan suatu bangsa. Indonesia memiliki beragam suku bangsa, budaya dan agama, sudah selayaknya memiliki hukum nasional yang pluralistis dan akomodatif terhadap aspirasi masyarakat. Sedangkan alasan praktis, antara lain bersumber pada kenyataan bahwa biasanya bekas-bekas Negara jajahan mewarisi hukum Negara yang menjajahnya dengan bahasa aslinya, yang kemudian lama kelamaan banyak tidak dipahami oleh generasi berikutnya. Bahkan mungkin saat ini, banyak aparat penegak hukum yang tidak melihat *wetboek van strafrechts* dalam bahasa aslinya. Untuk mengatasinya Negara perlu menciptakan hukum yang sesuai dengan bahasa sendiri yang menjadi bahasa kesatuannya¹².

Hal ini juga dialami Indonesia yang berusaha mengadakan Pembaharuan hukum secara menyeluruh. Pembaharuan hukum secara menyeluruh meliputi substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum yang merupakan elemen-

¹² Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 2004, hlm. 1. Lihat juga Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 62-63.

elemen dari sistem hukum. Pembaharuan hukum ini tentunya dengan mengacu kepada ketentuan-ketentuan yang digariskan Negara sebagai politik hukum atau kebijakan di bidang hukum.

Ketetapan MPR-RI Nomor IV/MPR/1999 tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN), menentukan arah kebijakan di bidang hukum khususnya mengenai sistem hukum nasional pada Bab IV huruf A angka 2, yaitu menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.

Dengan demikian, dalam menata sistem hukum nasional, hukum agama dan hukum adat mendapat tempat sebagai bahan penyusunan dan pembuatan peraturan perundang-undangan. Ini berarti, hukum Islam sebagai bagian dari hukum agama (semua agama memiliki peluang dan tempat yang sama) mendapat tempat sebagai bahan penyusunan norma-norma perundang-undangan. Oleh karena itu, hukum Islam perlu dikaji secara mendalam dan objektif agar mampu memenuhi cita-cita Pembaharuan hukum.

Berbicara Pembaharuan hukum maka Pembaharuan dimaksud sepadan dengan istilah pembangunan sistem hukum yaitu Pembaharuan sistem hukum secara keseluruhan. Karena luasnya cakupan sistem hukum, maka dalam penelitian ini, dibatasi pada salah satu elemen sistem hukum yaitu substansi atau materi hukum (*legal substance reform*). Hanya saja istilah Pembaharuan hukum tetap dipertahankan dengan batasan pengertian selaras dengan istilah

pembentukan hukum atau pembentukan peraturan perundang-undangan (*legal reform*). Jadi di sini, *legal reform* dalam ranah hukum pidana.

Untuk memenuhi upaya Pembaharuan hukum pidana, hukum Islam terutama bidang pidananya perlu dikaji secara mendalam dan objektif. Pengkajian yang mendalam dan objektif diperlukan agar materi atau substansi hukum Islam bidang pidana tersebut dapat relevan dijadikan bahan atau sumber Pembaharuan hukum pidana khususnya bahan penyusunan kitab undang-undang hukum pidana nasional Indonesia. Berkenaan dengan sumber atau bahan penyusunan kitab undang-undang hukum pidana, hukum Islam bidang pidana sudah jelas mendapat tempat tersendiri (peluang yang sama juga dimiliki oleh hukum agama lainnya yang diakui, hukum adat, dan hukum barat) dalam sistem hukum pidana nasional yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman memuat beberapa ketentuan yang dapat dijadikan dasar untuk mengangkat ke permukaan hukum agama (termasuk hukum Islam bidang pidana), yaitu:

- Pasal 2 ayat (1): peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.
- Pasal 5 ayat (1): hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.
- Pasal 50 ayat (1): putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum yang tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Pasal 1 Ketetapan MPR-RI Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, menentukan:

- Sumber hukum adalah sumber yang dijadikan bahan untuk penyusunan peraturan perundang-undangan.
- Sumber hukum terdiri atas sumber hukum tertulis dan tidak tertulis.
- Sumber hukum dasar nasional adalah Pancasila sebagaimana yang tertulis dalam pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan / perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, pengembangan hukum nasional bersumber dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga sistem hukum nasional Indonesia mencerminkan nilai-nilai agama, sosial, dan budaya masyarakat Indonesia. Dengan kata lain sistem hukum nasional Indonesia mencerminkan sistem hukum yang bersifat *cultural religious*.

Selain dalam ketentuan tersebut, strategi pengembangan sistem hukum nasional yang bersifat *cultural religious*, terlihat pula dalam hasil pertemuan ilmiah, seperti dalam symposium dan seminar hukum nasional yang telah beberapa kali diadakan dan hasilnya berupa resolusi, kesimpulan dan laporan yang sarat dengan amanat nasional, sebagai berikut:¹³

- a. Resolusi butir VIII Seminar hukum nasional ke I Tahun 1963: unsur-unsur agama dan hukum adat dijalinkan dalam KUHP.

¹³ Barda Nawawi Arief, *Wacana Pendekatan Kultural-Religius dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, Makalah dalam pertemuan nasional dan internasional, produk kerjasama Komnas HAM, Aliansi Nasional Reformasi KUHP, Elsam dan USAID, diakses dari web-site: <http://www.elsam.or.id> tanggal 8 Oktober 2009 jam 10.30 wib.

- b. Kesimpulan komisi I symposium "pengaruh Kebudayaan/Agama terhadap Hukum Pidana, tahun 1975: dalam melaksanakan Pembaharuan hukum pidana disamping memperhatikan tuntutan modernisasi supaya diperhitungkan pula pengaruh kebudayaan dan agama terhadap hukum pidana; Landasan Idiil Pembaharuan hukum pidana adalah Pancasila, UUD RI 1945, Ketetapan MPR; Landasan hukum untuk penuntutan dan pemidanaan perbuatan yang tidak dirumuskan dalam undang-undang tetapi tidak dikehendaki oleh agama atau adat masyarakat adalah asas tidak seorangpun karena perbuatannya dapat dituntut atau dipidana kecuali berdasarkan hukum yang ada pada saat perbuatan itu dilakukan; dalam menetapkan delik susila supaya diperhatikan faktor-faktor agama, adat serta modernisasi dan dalam penerapannya diperhitungkan nilai umum yang berlaku dalam masyarakat; asas dan tujuan pemidanaan tidak hanya bersifat prefensi umum dan khusus tetapi juga mengembalikan keseimbangan tertib sosial.
- c. Kesimpulan komisi II symposium "pengaruh Kebudayaan/Agama terhadap Hukum Pidana, tahun 1975: pengaruh agama memegang peranan dalam menentukan norma-norma hukum pidana; antara norma adat dan agama tidak dapat dibedakan dalam delik adat; norma agama/adat dalam kenyataan sudah bersatu dengan keputusan hakim; pengaruh agama di beberapa daerah tertentu telah menjelma menjadi kesadaran hukum masyarakat.
- d. Laporan seminar hukum nasional ke IV Tahun 1979: sistem hukum nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat; dalam rangka menciptakan ketertiban dan kepastian hukum untuk memperlancar pembangunan nasional, hukum nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis, disamping itu hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari hukum nasional; untuk memelihara persatuan dan kesatuan, hukum nasional dibina kearah unifikasi dengan memperhatikan kesadaran hukum masyarakat khususnya yang erat hubungannya dengan kehidupan spiritual.
- e. Laporan dan kesimpulan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional 1980: usaha Pembaharuan hukum pidana agar didasarkan pada politik hukum pidana dan politik criminal yang mencerminkan aspirasi nasional; proses Pembaharuan tersebut haruslah melalui penelitian dan pengkajian yang mendalam tentang hukum pidana adat dan agama yang hidup dalam masyarakat Indonesia.
- f. Laporan Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII Tahun 2003: menjadikan ajaran agama sebagai sumber motivasi, sumber inspirasi, dan sumber evaluasi yang kreatif dalam membangun insan hukum yang berakhlak mulia; wajib dikembangkan upaya konkret dalam muatan kebijakan pembangunan hukum nasional yang dapat memperkuat landasan budaya keagamaan, memfasilitasi perkembangan keberagamaan, mencegah konflik sosial antar umat beragama.
- g. Kesimpulan hasil pertemuan internasional (kongres PBB), diantaranya kongres ke V tahun 1975, kongres ke VI tahun 1980, kongres ke VII tahun 1985, dan kongres ke VIII tahun 1990, pada intinya menghimbau agar dalam Pembaharuan hukum pidana dilakukan pendekatan filosofik/cultural, moral religious, humanis, yang diintegrasikan kedalam pendekatan rasional yang berorientasi kebijakan; perlu ada harmonisasi/sinkronisasi dan konsistensi Pembaharuan hukum nasional dengan nilai-nilai religious dan cultural; sistem hukum yang tidak berakar pada nilai-nilai religious dan budaya dan bahkan

diskrepansi dengan aspirasi masyarakat merupakan faktor terjadinya kejahatan; kebijakan pembaharuan yang mengabaikan nilai-nilai moral agama dan budaya dapat menjadi faktor kriminogen; semakin jauh Undang-undang bergeser dari perasaan dan nilai yang hidup di dalam masyarakat, semakin besar ketidakpercayaan akan keefektifan sistem hukum.

Hukum pidana pada pokoknya meliputi perbuatan pidana (*criminal act*), kesalahan/pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*), serta pidana dan pemidanaan (*punishment and sentence*)¹⁴. Pembaharuan hukum pidana tentu pula akan mencakup persoalan-persoalan pokok tersebut. Adapun yang menjadi objek penelitian adalah menyangkut pidana dan pemidanaan sebagai objek vital dari Pembaharuan hukum pidana. Soedarto mengemukakan bahwa stelsel pidana merupakan bagian terpenting dari suatu Kitab Undang-undang Hukum Pidana¹⁵.

Stelsel pidana merupakan "posisi strategis" dalam Pembaharuan hukum pidana, karena menyangkut kebijakan mengenai apa dan kemana arah wajah hukum pidana sekaligus menggambarkan nilai-nilai sosial dalam masyarakat sebagai kebijakan kriminal yang dilakukan negara. Stelsel pidana juga yang membedakan hukum pidana dari hukum lain, yaitu sanksi bersifat negatif berupa pidana yang diancamkan kepada siapa yang melanggar normanya¹⁶. Sehingga dapat dikatakan bahwa pada hakekatnya hukum pidana merupakan sistem sanksi

¹⁴ Moeljatno, *Azas-azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm.1-10. Lihat juga Herbert L.Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, Stanford, California, 1968, hlm. 17, yang menyatakan bahwa, "the rationale of the criminal law rest on three concepts: offense, guilt, and punishment" (masalah utama dalam hukum pidana meliputi kejahatan, kesalahan dan pidana).

¹⁵ Stelsel Pidana memuat pengaturan tentang jenis-jenis pidana, berat ringannya pidana, tujuan pidana dan cara-cara pidana dilaksanakan/pemidanaan. Membicarakan masalah pemidanaan berarti membicarakan bidang politik criminal, lihat selengkapnya Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT. Alumni, Bandung, 2006, hlm. 72-103. Lihat juga dalam Romli Atmasasmita, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Madju, Bandung, 1995, hlm. 81.

¹⁶ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 20.

(*het strafrecht is wezenlijk sanctierecht*),¹⁷ untuk mencegah dan menanggulangi kejahatan.

Pencegahan dan penanggulangan kejahatan secara optimal diawali dengan Pembaharuan hukum pidana (*Penal Reform*). Pembaharuan hukum pidana dilakukan secara terencana untuk mempersiapkan dan mengayomi masyarakat sehingga dapat melaksanakan pembangunan nasional secara keseluruhan. Pembangunan nasional mesti dilaksanakan dalam suasana keteraturan, aman, dan damai. Suasana ini hanya akan terwujud jika sistem hukum khususnya sistem hukum pidana mampu mengendalikan dan menanggulangi perbuatan-perbuatan yang dapat mengancam pembangunan nasional secara keseluruhan. Kemampuan untuk mengendalikan dan menanggulangi kejahatan terletak pada stelsel pidana. Karena itu, Pembaharuan hukum pidana pun sangat ditekankan pada sisi tersebut.

Pembaharuan hukum pidana, khususnya mengenai pidana dan pemidanaan dilakukan sebagai upaya awal dalam menanggulangi dan mengendalikan permasalahan meningkatnya kejahatan. *Penal reform* merupakan bagian dari reformasi hukum secara keseluruhan yang tentunya tidak hanya mencakup Pembaharuan substansi hukum (*legal substance reform*), tetapi juga Pembaharuan struktur hukum (*legal structure reform*) dan budaya hukum (*legal cultur reform*).

Pembaharuan substansi hukum (*legal substance reform*) merupakan landasan penting untuk melangkah kepada Pembaharuan elemen sistem hukum selanjutnya. Pada elemen inilah terletak arah dan rencana setiap tindakan yang nantinya akan digunakan oleh institusi terkait dengan struktur hukum dalam upaya penanggulangan kejahatan. Oleh karena itu, sudah semestinya Pembaharuan substansi hukum pidana dilakukan dengan memperhatikan agama

¹⁷ Moeljatno, *op.cit.*, hlm. 8.

(tuntunan Ilahiyah) dan menggali nilai-nilai lainnya yang hidup dalam masyarakat. Aspek agama dan nilai-nilai lain yang hidup dalam masyarakat akan memperkokoh konsep Pembaharuan, sehingga tidak mengandung kelemahan. Sebab, kelemahan yang dimiliki undang-undang (misalnya sanksi pidana lemah) merupakan kelemahan dalam menanggulangi kejahatan¹⁸.

Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (yang selanjutnya disebut RKUHP) merupakan rancangan kebijakan formulasi Pembaharuan hukum pidana (*legal substance reform*). RKUHP dimaksudkan untuk menggantikan hukum pidana materil peninggalan pemerintah kolonial Belanda yang landasan filosofinya bertentangan dengan filosofi bangsa Indonesia¹⁹. Penyusunan RKUHP sebagai Upaya Pembaharuan hukum pidana ini sudah dilakukan sejak lama, dengan harapan adanya sistem hukum (pidana) Indonesia yang berakar pada nilai agama dan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat, untuk menanggulangi kejahatan.²⁰

Konsideran RKUHP menyatakan bahwa materi hukum pidana nasional harus disesuaikan dengan politik hukum, keadaan, dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara Indonesia. Penyusunan RKUHP dalam bentuk kodifikasi dan unifikasi dimaksudkan untuk menciptakan dan menegakkan

¹⁸ Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm. 79.

¹⁹ Indonesia memiliki Pancasila sebagai sumber hukum dasar dan landasan filosofis bangsa, sementara hukum pidana materil yakni KUHP yang berlaku saat ini berasal dari *Wetboek van strafrechts voor Nederlandsch Indie* yang disingkat *WvS*, dengan model *civil law sistem* (Rene David menyebutnya *Romano-Germanic Family*) yang sikapnya kapitalis dipengaruhi oleh ajaran yang menonjolkan *individualism*, *liberalism*, dan *individual right*. Lihat Rene David & John E.C. Brierly, *Major Legal Sistem in The World to Day*, Stevens&Sons, London, 1978, hlm. 24.

²⁰ Menurut Makarao Pembaharuan hukum pidana telah dimulai sejak 1968 dengan konsep Rancangan Buku I KUHP, lihat M. Taufik Makarao, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Studi tentang Bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk sebagai Bentuk Pemidanaan*, Kreasi Wacana, 2005, hlm. 107-113. Bandingkan dengan Mardjono Reksodiputro, *Catatan-catatan Sekilas tentang Bab Pemidanaan, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku I) Rancangan KUHP*, tulisan diakses dari <http://www.legalitas.org>. terakhir diakses tanggal 6 Oktober 2009, jam 11.20 wib. Essensi Pembaharuan hukum pidana adalah terciptanya hukum pidana nasional Indonesia yang berakar pada agama dan hukum adat yang hidup di masyarakat.

konsistensi, keadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastian hukum dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan nasional, kepentingan masyarakat dan kepentingan individu dalam Negara Republik Indonesia berlandaskan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Perhatian menjaga keseimbangan kepentingan nasional, masyarakat dan individu, telah dianut oleh sistem pidana Islam. Dalam sistem pidana Islam, ada bentuk pidana berupa *Diyat*²¹, yang khusus diancamkan dalam kejahatan yang berhubungan dengan jiwa atau badan manusia, yakni pembunuhan atau penganiayaan. *Diyat* ini merupakan hak korban atau ahli warisnya untuk menggantikan *qishash*. Artinya korban kejahatan ini atau ahli warisnya diberi hak untuk menentukan jenis pidananya, apakah *qishash* atau *Diyat*. Atau bahkan *Diyat* tidak perlu dibayar oleh terpidana jika korban/keluarganya memaafkan dengan rela hati (ikhlas) dan tidak meminta *Diyat*. Dalam keadaan demikian Negara dapat menjatuhkan pidana *tazir*.

Dalam Islam, pelaku dan korban kejahatan menjadi latar belakang atau dasar pertimbangan penjatuhan pidana sehingga toleransi dan harmonisasi hubungan dalam masyarakat tetap terpelihara. Pidana yang dijatuhkan hanya merupakan salah satu cara Islam merespon reaksi masyarakat atas perbuatan pidana yang merendahkan martabat dan mencederai kehormatan masyarakat. Pidana dimaksudkan untuk memberikan rasa derita bagi pelaku, sekaligus sebagai sarana menyucikan diri dan mewujudkan rasa keadilan masyarakat.²² Dengan demikian pidana dimaksudkan sebagai perwujudan nyata atas akibat hukum yang

²¹ *Diyat*, sejenis denda atau ganti kerugian yang wajib dibayar oleh pelaku kejahatan dan menyerahkannya kepada korban atau ahli warisnya.

²² A. Hanafi, *op.cit*, hlm. 257.

timbul dari perbuatan pidana yang telah ditetapkan sebagai ketentuan hukum pidana.

Hukum pidana dalam Islam merupakan ketentuan hukum pidana yang sumber utamanya berasal dari Al-Qur'an dan *As-Sunnah* bertujuan menciptakan keamanan dan kesejahteraan masyarakat. Bentuk pidana dalam Islam ada yang ditetapkan oleh lembaga Negara dan ada juga yang ditetapkan langsung oleh *Al-Qur'an* dan *As-Sunnah* sebagai tuntunan Ilahiyah.

Tuntunan Ilahiyah yang tertulis dalam *Al-Qur'an* dan *As-Sunnah* (hadits) menjadi sumber utama hukum Islam dan menjadi pedoman bagi manusia (penegak hukum) mewujudkan rasa keadilan masyarakat (manusia) sesuai fitrahnya. Manusia selayaknya mengambil hukum dan menegakan hukum²³ sesuai dengan tuntunan Ilahiyah, sebagaimana firman-Nya dalam S. An-Nisaa ayat 105, yang artinya: "Sesungguhnya kami telah menurunkan kitab (*Al-Qur'an*) kepadamu dengan membawa kebenaran, supaya kamu mengadili manusia dengan apa yang telah Allah wahyukan kepadamu, dan janganlah kamu menjadi penentang (kebenaran) karena membela (orang-orang) yang khianat". Dalam ayat lain disebutkan yang artinya: "Dan orang-orang yang beriman dan beramal sholeh serta beriman kepada apa yang diturunkan kepada Muhammad, dan itulah yang haq (kebenaran) dari Tuhan mereka, Allah menghapuskan kesalahan-kesalahan mereka dan memperbaiki keadaan mereka". (Q.S.Muhammad /47 ayat 2)

Ahli hukum Islam dan sarjana hukum muslim tidak memiliki keraguan bahwa kedua sumber utama hukum Islam (tuntunan Ilahiyah) dapat menjadi

²³ Penegakan hukum baik secara *in abstracto* dan *in concreto*, bagi mukmin berdasarkan pada tuntunan Ilahiyah. *In abstracto* merupakan proses pembuatan produk perundang-undangan (tahap formulasi); *in concreto* berarti proses pelaksanaan dan penerapan peraturan perUndang-Undangan (tahap aplikasi/yudisial dan tahap eksekusi/eksekutif/administrative), Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Kencana, Jakarta, 2007, hlm. 18.

sumber nilai atau bahan dalam pembentukan perundang-undangan. Negara menciptakan peraturan perundang-undangan untuk mewujudkan rasa keadilan masyarakat berdasarkan tuntunan Ilahiyah (Ketuhanan Yang Maha Esa)²⁴.

Tuntunan Ilahiyah semestinya ditegakan demi mewujudkan keadilan masyarakat. Jika mengabaikan tuntunan Ilahiyah ini maka tatanan hukum akan hancur, masyarakat tak mau diatur karena tidak percaya lagi kepada hukum sebagai sarana keadilan. Apabila keadilan berdasarkan tuntunan Ilahiyah tidak diikuti dan dilaksanakan maka akan rusaklah masyarakat.²⁵

Hanya saja, pidana Islam terlanjur sering dianggap dan digambarkan ketinggalan zaman, tidak adil, kejam dan tidak manusiawi. Kesan seperti itu muncul karena pidana Islam dilihat secara tidak utuh atau parsial²⁶. Jadi perlu adanya studi yang objektif dan mendalam terhadap hukum Islam bidang pidana ini agar dapat melihat dan menilainya secara utuh dan objektif. Pidana Islam sebenarnya memenuhi prinsip-prinsip hukum pidana modern²⁷ bahkan jauh lebih manusiawi dan lebih efektif dalam penanggulangan kejahatan. Kelebihan ini terletak pada konsep pemidanaan yang memperhatikan harmonisasi kemanusiaan, dan mengutamakan pencegahan kejahatan bukan mempidana pelaku jahat.

²⁴ Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menyatakan bahwa peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Demikian juga tercantum dalam Undang-Undang kekuasaan kehakiman sebelumnya yakni UU No. 4/2004 jo UU No. 14/1970 tentang pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Ketentuan ini sesuai dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

²⁵ Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm. 8, pernyataan tersebut sesuai dengan Firman Allah dalam S. Al-Mu'minuun (23) ayat 71, artinya "Andaikata kebenaran itu menurut hawa nafsu mereka (tidak ditegakan), pasti binasalah langit, bumi dan segala isinya, padahal kami telah mendatangkan kebenaran (Al-Qur'an) kepada mereka tetapi mereka berpaling dari kebenaran itu". Sesuai pula dengan hadits Nabi : "Telah kuwariskan kepadamu dua hal yaitu Al-Qur'an dan AlSunnah, barang siapa mempedomaninya niscaya tidak akan sesat selamanya." (Malik-*AlMuatha'* hlm. 899, dalam Aceng Zakaria, *Al Hidayah*, Ibnazka Press, Bandung, 2003, hlm. 9.)

²⁶ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003, hlm. 7.

²⁷ Prinsip-prinsip hukum pidana modern, misalnya asas legalitas, asas praduga tak bersalah, dan lainnya, lihat Topo Santoso, *ibid*, hlm. 10-18. Lihat juga Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 2-9.

Misalnya, dalam kasus pencurian yang diancam pidana amputasi tangan. Dengan diancamkan pidana amputasi tangan, calon pelaku akan berfikir seribu kali untuk mencuri sebab takut akan kehilangan tangannya (prevensi umum). Pelaku yang bersalah mencuri juga harus terlebih dahulu diproses secara cermat apakah memenuhi unsur dan syarat-syarat untuk dipidana amputasi tangan atau tidak. Dengan demikian, tidak serta merta pencuri sekarung Randu atau mencuri dua buah Semangka langsung diamputasi tangan. Dan tentunya pencurian seperti itu tidak memenuhi syarat untuk dipidana amputasi tangan. Untuk itu, pidana Islam menawarkan alternatif pidana yang menjamin efektivitas penanggulangan kejahatan dengan orientasi pada keamanan dan kesejahteraan masyarakat yang dilandasi tuntunan Ilahiyyah.

Namun demikian, lagi-lagi sayang sekali, pidana Islam tidak banyak dipahami secara benar dan mendalam oleh masyarakat, bahkan juga oleh masyarakat Islam Indonesia. Pidana Islam hanya dilihat secara parsial dan tidak dilihat dan dipahami secara utuh, sehingga muncul kesan bahwa pidana Islam ketinggalan zaman, kejam, tidak sesuai dengan tujuan pemidanaan modern. Padahal, jika diperhatikan akan ditemukan beberapa persamaan antara RKUHP dengan hukum pidana Islam.

RKUHP, terdiri dari dua buku meliputi buku I tentang ketentuan umum dan buku II tentang tindak pidana²⁸. RKUHP, disusun menggunakan empat

²⁸ RKUHP tidak membedakan kualifikasi perbuatan pidana ke dalam kejahatan (*misdrifven*) dan pelanggaran (*overtredingen*). Tidak seperti KUHP yang berlaku saat ini yang terdiri dari tiga buku yakni Buku I tentang Aturan Umum, Buku II tentang Kejahatan dan Buku III tentang Pelanggaran. KUHP saat ini merupakan peninggalan pemerintah kolonial Belanda yakni diambil dari *Wetboek van strafrecht voor Nederlandsch Indie* (Stb.1915:732), kemudian diadopsi menjadi UU No.1/1946 dan diberlakukan secara universal di seluruh wilayah Indonesia berdasarkan UU No.73/1958, landasan filosofi tentunya feodalistis dan wajah pidana dan pemidanaan berdasarkan pada teori absolut klasik (*classical theorie*).

sumber²⁹ transformasi yaitu hukum adat, teks hukum Indonesia (hukum positif), hukum Islam dan konvensi internasional³⁰. Hukum Islam yang menjadi sumber transformasi RKUHP adalah bidang pidana yang bersumber pokok pada Al-Qur'an dan Al-Sunnah (Hadits). Transformasi hukum pidana Islam dilakukan dalam rangka menentukan perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan diancam dengan pidana dan menentukan bentuk pidana apa yang dapat diancamkan terhadap pelaku kejahatan/tindak pidana. Dan yang sudah dilakukan baru sebatas pada menentukan perbuatan apa yang dilarang dan diancam dengan pidana, belum mengenai jenis/bentuk pidananya. Padahal, pola pidana dalam RKUHP memiliki kesamaan dengan sistem pidana dalam hukum Islam, misalnya, dalam hal adanya pidana ganti kerugian dan lembaga maaf³¹.

Transformasi nilai pidana Islam ke dalam RKUHP tersebut baru sebatas bentuk-bentuk perbuatan pidana (*jarimah*)³² belum menyangkut jenis pidana (*'uqubah*). RKUHP memuat jenis-jenis perbuatan pidana yang sesuai dengan *jarimah* dalam pidana Islam. Hanya saja, sanksi pidananya belum bersesuaian (relevan) dengan ketentuan yang seharusnya dalam hukum pidana Islam sebagaimana tuntunan Ilahiyah.

Keadaan demikian, tidak terlepas dari pro dan kontra di seputar formulasi atau legislasi pidana Islam itu sendiri. Pro dan kontra seputar penegakan hukum

²⁹ Maksudnya sumber hukum, yaitu tempat dimana dapat menemukan atau menggali hukum, lihat selengkapnya Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2002, hlm. 76-82.

³⁰ Yusril Ihza Mahendra, *KUHP baru perlu segera direalisasikan*, dalam harian Republika, 4 Oktober 2003, hlm. 4.

³¹ Dalam RKUHP, lembaga maaf dari korban atau keluarganya, hanya menjadi pertimbangan wajib pemidanaan (Pasal 55 ayat (1) huruf j RKUHP), dalam penjelasannya dimaksudkan untuk membantu/memudahkan hakim dalam menentukan takaran berat ringannya pidana yang akan dijatuhkan (*proporsionalitas*). Penjatuhan pidana tetap berada pada kekuasaan dan kewenangan hakim. Dalam penjelasan pasal 55 ayat (2) RKUHP, disebutkan bahwa hakim memiliki wewenang memberi maaf kepada seseorang yang bersalah melakukan perbuatan pidana yang sifatnya ringan (dikenal dengan asas *rechterlijke pardon*).

³² Misalnya, perluasan perbuatan pidana yang berkaitan dengan kesucilaan seperti perzinahan, dan sebagainya.

pidana Islam terjadi karena di satu sisi sebagai tuntunan Ilahiyah (*nash qath'ī*) namun di sisi lain dianggap berbenturan dengan kaidah universal atau prinsip hukum pidana modern dewasa ini. Untuk itu, diperlukan suatu formulasi pidana Islam yang lebih aplikatif dan selaras dengan prinsip hukum pidana modern sekaligus sesuai dengan tuntunan Ilahiyah.

Untuk menemukan formulasi pidana Islam yang aplikatif dan selaras dengan prinsip hukum pidana modern tersebut perlu interpretasi atas pidana Islam. Interpretasi atas pidana Islam perlu dilakukan secara utuh/komprehensif dan berkelanjutan. Interpretasi dilakukan bukan untuk menolak atau menegasikan pidana Islam, melainkan sebagai upaya memformulasi dan mentransformasikan pidana Islam ke dalam hukum positif sehingga aplikatif dan relevan dengan perkembangan masyarakat Indonesia yang pluralis dan demokratis berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Berdasarkan latar belakang sebagaimana diuraikan tersebut di atas, penulis tertarik untuk melakukan penelitian dalam lapangan hukum Islam dengan judul "***RELEVANSI SANKSI PIDANA ISLAM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA***".

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang permasalahan tersebut di atas, pokok masalah dalam penelitian ini dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimana bentuk-bentuk sanksi pidana dan pemidanaan dalam hukum Islam dan kaitannya dengan tujuan pemidanaan di Indonesia?

2. Bagaimana relevansi formulasi pidana Islam dalam Pembaharuan hukum pidana berkaitan dengan upaya penanggulangan kejahatan di Indonesia?

1.3 Tujuan Penelitian

Sesuai dengan latar belakang dan rumusan masalah tersebut di atas, penelitian ini memiliki tujuan sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui dan menganalisis bentuk-bentuk sanksi pidana dan system pemidanaan dalam Hukum Islam dan kaitannya dengan tujuan pemidanaan di Indonesia.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis formulasi pidana Islam relevan dalam kerangka Pembaharuan hukum pidana Indonesia (RKUHP nasional) berkaitan dengan upaya penanggulangan kejahatan di Indonesia.

1.4 Manfaat Penelitian

Adapun manfaat yang diharapkan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Secara teoritis, penelitian ini dapat memberikan sumbangan pemikiran dalam pengembangan ilmu hukum umumnya dan khususnya ilmu hukum pidana, terutama yang menyangkut masalah sanksi pidana dan pemidanaan dalam perspektif Hukum Islam sesuai dengan kondisi Indonesia saat ini.
2. Secara praktis, penelitian ini dapat memberikan manfaat sebagai bahan masukan dan kajian bagi semua pihak yang berperan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan. Bagi pihak legislator (eksekutif dan legislative), sebagai masukan agar dapat merumuskan dan membentuk hukum pidana nasional yang sesuai dengan tuntunan Ilahiyah dan berakar

pada hukum yang hidup di masyarakat dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; bagi pihak yudikatif, sebagai bahan pertimbangan dalam penemuan dan penerapan hukum khususnya menyangkut pidana yang sesuai dengan nilai-nilai Islam; Bagi masyarakat muslim, hukum khususnya mengenai pidana, dapat diaplikasikan sebagai sarana ibadah untuk mencapai keimanan dan ketaqwaan; Bagi masyarakat umum, penelitian ini diharapkan dapat memberikan pemahaman yang objektif dan komprehensif tentang pidana Islam sehingga tidak lagi berpandangan negative atau bersikap skeptis.

1.5 Kerangka Teoritis dan Konseptual

1.5.1 Kerangka Teoritis

Pembaharuan hukum mengandung makna yang sangat luas mencakup pembangunan sistem hukum. Menurut Friedman, sistem hukum merupakan suatu sistem yang meliputi: 1) substansi hukum (*legal Substance*); 2) struktur hukum (*legal structure*); dan 3) budaya hukum (*legal culture*).³³ Substansi hukum adalah norma, dan pola perilaku manusia yang berada dalam sistem itu, meliputi aturan atau norma hukum yang tertulis (*law in books*) dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Struktur hukum berarti institusi-institusi hukum,³⁴ meliputi tatanan kelembagaan dan kinerja

³³ Lawrence M. Friedman, *American Law: as an Introduction*, New York: W.W.Norton & Company, 1930, pg 5-6, dalam Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 11.

³⁴ Misalnya, seperti struktur pengadilan tingkat pertama, pengadilan tingkat banding, pengadilan tingkat kasasi, jumlah hakim dan termasuk semua unsur dalam sistem peradilan

lembaganya. Adapun budaya hukum adalah sikap dan nilai-nilai yang berhubungan dengan hukum, menurut Satjipto Rahardjo nilai-nilai yang terkait dengan tingkah laku yang berhubungan dengan hukum dan lembaga hukum baik secara *positif* maupun *negatif*.³⁵

Dengan demikian, pembangunan³⁶ sistem hukum memiliki sasaran pengertian yang luas tidak hanya tertuju pada substansi hukum tetapi juga pada struktur hukum dan budaya hukum. Pembaharuan hukum dalam arti *legal reform*³⁷ khususnya *restrukturisasi* hukum pidana (*penal reform*) merupakan hal terpenting yang telah, sedang dan akan terus dilakukan. Hal ini dipicu oleh fenomena maraknya perbuatan pidana dalam berbagai modus operandi yang semakin meresahkan kehidupan masyarakat. Pembangunan sistem hukum dalam arti Pembaharuan hukum dimaksudkan agar didapatkan suatu sistem hukum yang sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat dalam menjawab permasalahan tersebut di atas.

Penting dikemukakan di sini, bahwa sistem hukum yang berlaku dalam masyarakat bangsa-bangsa memiliki keragaman akar

terpadu, lihat Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 12.

³⁵ Nilai positif berarti sikap atau tingkah laku yang sesuai dengan hukum sedangkan negative berarti sikap tindak yang menyimpang dari aturan hukum, Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1986, hlm. 82.

³⁶ Pembangunan adalah upaya mentransformasikan masyarakat dari suatu kondisi ke kondisi yang lebih baik. Proses transformasi diarahkan pada tiga hal yakni 1) penaggalan nilai-nilai lama yang tidak lagi relevan dengan kebutuhan, tantangan dan konteks zaman 2) modifikasi dan revitalisasi nilai-nilai lama yang masih relevan dengan kebutuhan, tantangan dan konteks zaman 3) penemuan dan pemasyarakatan nilai-nilai baru yang diperlukan untuk berinteraksi dengan lingkungan dan menjawab permasalahan baru yang dibawa oleh perubahan. Yahya M. Abdul Aziz, *Visi Global Antisipasi Indonesia Memasuki Abad Ke 21*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1998, lihat juga dalam Adi Sulistiyono, *Pembangunan Hukum Ekonomi Untuk Mendukung Visi Indonesia 2030*, pidato pengukuhan guru besar Hukum Ekonomi, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 17 November 2007, hlm. 4.

³⁷ *Legal reform* bagian dari *law reform*, Pembaharuan hukum mengandung pengertian menyusun suatu tata hukum untuk menyesuaikan dengan kebutuhan dan perubahan masyarakat merupakan reformulasi dan restrukturisasi sistem hukum yang meliputi substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum. Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm. 6.

yang berbeda antara bangsa-bangsa di dunia. Rene David mengelompokkannya menjadi empat keluarga hukum, yaitu Hukum Romawi-Jerman (*The Romano Germanic Family*); Hukum Kebiasaan (*The Common Law Family*); Hukum Sosialis (*The Family of Socialist Law*); dan Hukum Agama dan tatanan sosial lainnya.³⁸

Eric L. Richard dari Indiana University menjelaskan bahwa sistem hukum yang utama di dunia (*The World's Major Legal Sistem*) dapat dikelompokkan sebagai berikut:³⁹

1. *Civil Law*, sistem hukum yang berakar dari hukum Romawi (*Roman Law*) yang dipraktekan di Negara-negara eropa continental dan bekas jajahannya;
2. *Common Law*, sistem hukum yang berdasarkan custom atau kebiasaan berdasarkan preseden atau *judge made law*, dipraktekan di Negara Anglo Saxon, seperti Amarika dan Inggris;
3. *Islamic Law*, hukum yang berdasarkan syariat Islam yang bersumber pada *Al-Qur'an* dan Al-Sunnah (Hadits);
4. *Sosialist Law*, sistem hukum yang dipraktekan di Negara-negara sosialis;
5. *Sub-Saharan Africa*, sistem hukum yang dipraktekan di Negara Afrika yang berada di sebelah selatan gurun Sahara;
6. *Far East*, merupakan sistem hukum hibrida, perpaduan antara sistem *civil law*, *common law* dan hukum Islam sebagai basis fundamental masyarakat.

Hukum Islam merupakan sistem hukum yang bersifat universal dan fleksibel (*shalih likulli zaman wakulli makaan*). Menurut Eric L. Richard, hukum Islam mempunyai pengaruh pada kehidupan sehari-hari

³⁸ Rene David dan John E.C.Brierley, *Major legal Sistem In The World Today*, London, Stevans & Sons, 1978, hlm. 28.

³⁹ Eric L. Richard, *Law for Global Business*, Irwin Illinois, 1990, hlm. 40, dalam Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 22. Antara lain dikemukakan bahwa sistem hukum sipil memiliki karakteristik terkodifikasi, fleksibilitas dan abstrak sedangkan *common law* bersifat analisis kasus, penekanan pada procedural dan fleksibel. Hukum Islam bersifat statis berdasarkan agama dan mengandung efek terhadap kehidupan sehari-hari. Perlu dijelaskan bahwa pencitraan hukum Islam sebagai hukum yang statis disebabkan oleh kekurangpahaman ahli hukum barat terhadap metode penetapan hukum Islam sehingga pemahamannya tidak tepat..

(*affects day to day life*). Penafian terhadap hukum Islam akan menimbulkan pengaruh negative pada kehidupan manusia di dunia lebih nanti di akhirat. Pengaruh negative disini berarti suatu keadaan yang tidak diharapkan oleh manusia umumnya. Misalnya, masyarakat main hakim sendiri, timbul kerusuhan, pembangkangan hukum, bencana alam pun bagian dari pengaruh negative.

Sumber hukum Islam yang utama adalah *Al-Qur'an* dan *Al-Sunah*/hadits. *Al-Qur'an* sebagai firman Tuhan merupakan petunjuk lengkap (tuntunan Ilahiyah) segala aspek kehidupan, dan sebagai sumber hukum berisi dasar-dasar hukum atau *Syari'at Islam*⁴⁰. Tuntunan Ilahiyah dari sumbernya tersebut memiliki dua dimensi, yakni dimensi *nash qath'i* dan dimensi *nash zhanni*". *Nash qath'i* berarti ketentuan yang merupakan ketetapan Allah SWT (*haqqullah*), bersifat permanen (tidak mungkin diubah oleh kekuasaan manusia), bersifat universal, berlaku sepanjang zaman. *Nas zhanni* berarti ketentuan Allah yang memungkinkan diinterpretasi (wilayah ijtihadi), dapat berubah dan diterapkan sesuai kebutuhan dan perkembangan masyarakat. Demikian halnya mengenai bidang pidana dalam sistem hukum Islam, ada yang berakar pada *nash qath'i* dan ada pula yang berakar pada *nash zhanni*.

Berkenaan dengan penelitian ini, perlu dikemukakan beberapa teori hukum sebagai berikut:

a. Teori-teori yang berkaitan dengan Hukum Islam :

⁴⁰ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Ed.6, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 42.

⁴¹ M. Sularno, *Syari'at Islam dan Upaya Pembentukan Hukum Positif di Indonesia*, Al-Mawaridi, Edisi XVI Tahun 2006, hlm. 212.

Teori *Receptio in Complexu*, secara bahasa berarti penerimaan secara utuh / meresepsi secara sempurna⁴². Teori ini dikemukakan pertama kali oleh Mr. Lodewijk Willem Christian Van den Berg. Menurutny, hukum itu mengikuti agama yang dianut oleh seseorang, untuk kaum hindu berlaku hukum hindu, bagi orang Islam maka berlaku hukum Islam. Artinya memberlakukan hukum Islam secara penuh terhadap orang-orang Islam karena mereka telah memeluk agama Islam⁴³.

Teori *Receptio a Contrario*, teori yang menentang / kebalikan dari teori *receptie* dari snouck Hurgronje⁴⁴. Teori *Receptio a Contrario* dikemukakan oleh Sayuti Thalib sebagai pengembangan teori *receptie exit* dari Hazairin yang menyatakan bahwa teori *receptie* harus keluar dari teori hukum nasional Indonesia karena bertentangan dengan UUD 1945 dan Pancasila dan bertentangan dengan Al-Qur'an dan Sunnah. Teori *Receptio a Contrario* menyatakan bahwa hukum adat hanya berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum agama⁴⁵. Jadi hukum yang sebenarnya berlaku bagi rakyat adalah hukum agamanya yang kemudian disebut menjadi hukum adat.

⁴² Yaswirman, *op.cit.*, hlm. 63.

⁴³ Amrullah Ahmad, et.al., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996, hlm. 131.

⁴⁴ Snouck dengan teorinya *Receptie* mengemukakan bahwa hukum Islam baru dapat diterima sebagai hukum apabila telah diakui sebagai hukum adat, jadi menurut Snouck yang berlaku di Indonesia sebenarnya adalah hukum adat, ke dalam hukum adat memang telah masuk hukum Islam, sehingga hukum Islam memiliki kekuatan hukum jika dikehendaki dan telah diterima sebagai hukum adat.

⁴⁵ Malik Ibrahim, *Hukum Islam dalam Sistem Peradilan di Indonesia*, suatu telaah awal, Jurnal Asy-Syir'ah, Volume 43, edisi khusus Tahun 2009, hlm. 177.

Teori Eksistensi, dikemukakan oleh Hazairin yang kemudian dikembangkan oleh Ichtiyanto. Menurutnya, bentuk eksistensi hukum Islam dalam hukum nasional, yaitu⁴⁶:

- hukum Islam ada, dalam arti berfungsi sebagai bagian integral dari hukum nasional;
- hukum Islam ada dalam arti berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional;
- hukum Islam ada dalam arti diakui kemandiriannya, kekuatannya dan diberi status sebagai hukum nasional;
- dan hukum Islam ada dalam arti sebagai bahan utama dan unsur dalam pembentukan hukum nasional.

Teori Maqasid Al-Syari'ah, dikemukakan oleh Abu Ishaq al Syathibi, bahwa tujuan akhir hukum adalah *maslahah* atau kebaikan dan kesejahteraan manusia⁴⁷. Tidak satupun hukum Allah yang tidak memiliki tujuan, setiap hukum-hukum Allah dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* mengandung tujuan yaitu kemashlahatan⁴⁸. Teori ini hanya dapat dilaksanakan oleh pemerintah dan masyarakat yang mengetahui, memahami dan meyakini bahwa yang menciptakan manusia dan hukum adalah Allah SWT. Keyakinan hukum pemerintah dan masyarakat tersebut akan menumbuhkan kesadaran untuk menerapkan hukum Allah SWT., karena menginginkan terwujudnya kemaslahatan bagi kehidupan manusia di dunia dan bahagia di akhirat. Hal ini sesuai dengan firman Allah yang menyindir (mencela) atau mempertanyakan manusia yang tidak menegakan hukum Allah. Dalam Surat Al Maidah Ayat 50, Allah berfirman, artinya:

⁴⁶ Ichtiyanto, *Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Ind-Hill Co, Jakarta, 1990, hlm. 79.

⁴⁷ Abu Ishaq Ibrahim Al Syathibi, *Al Muwafaqat fi Usul Al Syari'ah*, Dar al Qutub al Ilmiyah, Beirut, Juz ke-2, hlm. 4.

⁴⁸ Asfari Jaya Bakri, *Konsep Maqasid Al-Syari'ah*, Disertasi Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 1994, hlm. 96, dalam Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 86.

“Apakah hukum Jahiliyah yang mereka kehendaki, dan (hukum) siapakah yang lebih baik daripada (hukum) Allah bagi orang-orang yang yakin?”

b. **Teori-teori yang berkaitan dengan Pidanaan :**

Pidanaan selalu berkenaan dengan tindakan-tindakan yang apabila bukan dilakukan oleh Negara berdasarkan hukum maka akan menjadi tindakan yang bertentangan dengan moral⁴⁹ dan hukum itu sendiri. Oleh karena itu, falsafah pidanaan selalu berusaha mencari dasar pembenaran dari tindakan Negara ini. Berkaitan dengan hal ini, beberapa teori akan dikemukakan tentang tujuan pidanaan, yaitu *retributive, relative, integrative, treatment* dan *sosial defence*.

Teori Retributif atau *teori absolute*,⁵⁰ melegitimasi pidanaan secara moral (*morally justified*) sebagai sarana pembalasan atas kejahatan yang dilakukan seseorang. Pidana sebagai bentuk dari tanggung jawab moral dan kesalahan si pelaku atas perbuatannya. Pidanaan diasumsikan sebagai respon yang pantas terhadap suatu kejahatan karena pelaku melakukan perbuatan amoral tertentu yang mendasari aturan hukum. Pidanaan harus proporsional dengan tingkat kejahatan, dimana ukuran tingkat pidanaan tidak melewati batas kesesuaian dengan perbuatan yang telah digariskan. Menurut Andrew Ashworth, konsekwensi

⁴⁹ Mahmud Mulyadi, *Revitalisasi Alas Filosofis Tujuan Pidanaan dalam Penegakan Hukum Pidana Indonesia*, Universitas Sumatera Utara Repository, 2006, hlm. 4.

⁵⁰ Menurut Rummelink, teori ini sama tuanya dengan awal pemikiran tentang pidana namun ajaran ini belum ketinggalan zaman. Jan Rummelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hlm. 600.

dilakukannya suatu kejahatan adalah dijatuhkannya pemidanaan terlepas dari dampaknya di masa depan (*res absoluta ab affect future*).⁵¹

Romli Atmasasmita berpendapat, bahwa penjatuhan pidana kepada pelaku dalam *teori retributive* mempunyai sandaran pembenaran sebagai berikut:⁵²

- a) Untuk memuaskan perasaan balas dendam si korban, baik perasaan adil bagi dirinya, temannya, maupun keluarganya. Perasaan manusiawi ini tak dapat dihindari dan bukan tidak menghargai hukum. Tipe aliran *retributive* ini disebut *vindicative*;
- b) Sebagai peringatan kepada pelaku kejahatan dan masyarakat yang lainnya bahwa setiap perbuatan yang merugikan orang lain atau memperoleh keuntungan dari orang lain secara tidak wajar maka akan menerima ganjarannya. Tipe aliran *retributive* ini disebut *fairness*;
- c) Untuk menunjukkan adanya kesebandingan antara beratnya suatu pelanggaran dengan pidana yang dijatuhkan. Tipe aliran *retributive* ini disebut *proportionality*.

Teori relative atau *deterrence*, memandang bahwa pemidanaan mempunyai tujuan lain yang lebih bermanfaat dari pembalasan, yaitu perlindungan masyarakat dan pencegahan kejahatan (*prevensi*), baik prevensi umum maupun prevensi khusus. Prevensi umum maksudnya memberikan peringatan kepada anggota masyarakat supaya tidak melakukan kejahatan. Prevensi khusus dimaksudkan agar memberikan *deterrence effect* kepada si pelaku sehingga tidak mengulangi perbuatannya. Sedangkan fungsi perlindungan masyarakat, memungkinkan bahwa dengan dijatuhkannya

⁵¹ Andrew Ashworth, *Sentencing*, dalam Mike Maguire et.al (Ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, New York, 1994, hlm. 819. secara historis *teori retributive* muncul kembali dalam era modern tahun 1970-an, yang didorong oleh kegagalan secara luas pelaksanaan ajaran *Rehabilitasi*.

⁵² Romli Atmasasmita, *Kapita Selektta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung, 1995, hlm. 83.

pidana (penjara) masyarakat akan terhindar dari kejahatan yang mungkin dilakukan oleh pelaku.⁵³

Teori gabungan (*integrative*), menyatukan tujuan pemidanaan sebagai pembalasan dan juga untuk pencegahan. Bahwa pembalasan (*retributive*) merupakan dasar dan pembenaran dijatuhkannya pidana, sekaligus perlu membawa manfaat untuk mencapai tujuan lain, yaitu kesejahteraan masyarakat (*sosial welfare*).

Perlindungan masyarakat (*Sosial defence*)⁵⁴, terpecah menjadi dua aliran yaitu aliran yang radikal/ekstrim dan aliran yang moderat/reformis. Pandangan yang radikal dipertahankan oleh Fillipo Gramatica, berpendapat bahwa hukum perlindungan sosial harus menggantikan hukum pidana yang ada sekarang. Tujuan utama dari hukum perlindungan sosial adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Pandangan moderat dipelopori dan dipertahankan oleh Marc Ancel dengan istilah perlindungan sosial baru (*Defence Sosial Nouvelle / New Sosial defence*). Menurutnya, tiap masyarakat mensyaratkan adanya tertib sosial, yaitu seperangkat peraturan-peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan untuk hidup bersama tetapi sesuai dengan aspirasi warga masyarakat keseluruhan. Oleh karena itu, peranan yang besar dari hukum pidana merupakan kebutuhan yang tak dapat dielakan bagi suatu sistem hukum.

⁵³ J.M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I*, Bina Cipta, Bandung, 1997, hlm. 28.

⁵⁴ Aliran ini muncul setelah perang dunia (PD II) oleh tokohnya yang terkenal Fillipo Gramatica, pada tahun 1945 mendirikan Pusat Studi Perlindungan Masyarakat. Setelah kongresnya ke-2 tahun 1949 terpecah menjadi dua aliran, ada yang radikal dan ada yang moderat. Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 35.

Teori Treatment, dikemukakan oleh pendukung aliran positivist yang berpendapat bahwa pemidanaan sangat pantas diarahkan kepada pelaku kejahatan bukan pada perbuatannya. Namun pemidanaan bertujuan untuk memberikan tindakan perawatan (*treatment*) dan perbaikan (*rehabilitation*) kepada pelaku kejahatan sebagai pengganti pemidanaan. Landasan pemberian tindakan ini didasarkan pada alasan bahwa pelaku kejahatan adalah orang sakit sehingga membutuhkan tindakan perawatan (*treatment*) dan perbaikan (*rehabilitation*).⁵⁵

Paham terakhir ini (*treatment* dan *rehabilitation*), dalam perjalanannya menuai kritikan⁵⁶. Pertama, kritikan ditujukan pada kenyataan bahwa hanya sedikit Negara yang memiliki fasilitas untuk menerapkan program rehabilitasi yang menekankan penggunaan tindakan untuk memperbaiki atas nama penahanan. Kedua, bahwa rehabilitasi adalah pendekatan yang mengundang dan menciptakan tirani individu (diskriminasi) dan pelanggaran hak asasi manusia.

Kritikan atas kenyataan tersebut, menggiring adanya usaha-usaha untuk melihat kembali posisi hukum pidana klasik. Cohen, misalnya, tahun 1940 mengusulkan mengkaji kembali penolakan terhadap paham *retributive* dengan alasan manusiawi, bahwa terdapat kecenderungan pada manusia untuk melakukan pembalasan terhadap orang yang telah menderitakannya. Untuk itu, filosof hukum berkebangsaan Inggris, H.L.A.Hart, mengajukan konsep

⁵⁵ Aliran positif muncul sekitar abad ke-19 yang dipelopori oleh Cesare Lombroso, Enrico Ferri dan Raffaele Garofalo. Pendekatan metode ilmiah dilakukan untuk mengkaji kejahatan dihubungkan dengan karakter pelaku dari sudut pandang biologi, psikologi dan sosiologi. Lihat selengkapnya C.Ray Jaffery, *Crime Prevention Through Environmental Design*, SAGE Publication, Inc., Beverly Hills, London, 1977, hlm. 18.

⁵⁶ Mahmud Mulyadi, *op.cit.*, hlm. 12.

pidana yang dikenal dengan teori paduan⁵⁷ yakni jalan tengah antara *retributive* dan *utilitarian* (*relative*, *integrative* dan *rehabilitative*). Menurut Hart, setiap pidana berdimensi majemuk dan memperlihatkan kompleksitas suatu pidana. Setiap segi dari pidana harus diperhatikan secara terpisah tetapi tetap dalam kaitan dengan totalitas sistem hukum. Mungkin saja dalam suatu perkara dimensi *retributive* lebih dominan sebagai prinsip pidana, tetapi pada perkara lain prinsip kemanfaatan lebih dominan. Dan setiap dimensi yang dominan menjadi relevan sebagai suatu dasar pembedaan pidana.⁵⁸

1.5.2 Kerangka Konseptual

Dalam penelitian ini ada beberapa istilah yang perlu diberi penjelasan singkat agar memberikan pemahaman dan batasan pengertian menyangkut penelitian, yaitu:

1. **Relevansi**, berasal dari kata *relevant* yang artinya kait mengkait, berguna secara langsung⁵⁹, bersangkutan paut, bersangkutan erat dengan masalahnya.⁶⁰ Dikatakan relevan jika bersesuaian / bersangkutan erat antara masalah dengan solusinya, tujuan dengan sarana pencapaiannya. Hukum sebagai alat / sarana bersangkutan erat dengan cita-cita/tujuan hukum, materi transformasi hukum sesuai dengan konsep Pembaharuan hukum.
2. **Pembaharuan Hukum Pidana**, Pembaharuan hukum pidana sebagai bagian dari kebijakan hukum pidana (*penal policy*)⁶¹. Secara konkret Pembaharuan

⁵⁷ Yong Ohoitmur, *Teori Etika tentang Hukuman Legal*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997, hlm. 49.

⁵⁸ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, dalam Yong Ohoitmur, *ibid.*, hlm. 51.

⁵⁹ Tim Ganeca Sains, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*, PENABUR ILMU, Bandung, 2001, hlm. 382.

⁶⁰ Ranuhandoko, *Terminologi Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm. 481.

⁶¹ Menurut Barda Nawawi Arief, upaya melakukan Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) pada hakekatnya adalah termasuk ke dalam kajian *penal policy* yang merupakan bagian terkait dengan *law enforcement policy*, *criminal policy*, dan *sosial policy*. Selengkapnya lihat Barda

hukum pidana meliputi Pembaharuan hukum pidana materiil, hukum pidana formil dan hukum pelaksanaan pidana. Ketiga bidang hukum pidana itu secara integral diperbaiki agar tidak terdapat kendala dalam pelaksanaannya. Dalam penelitian ini terfokus pada Pembaharuan hukum pidana materiil saja mengenai pidana dan ppidanaan, yang merupakan substansi hukum sebagai salah satu elemen sistem hukum. Pembaharuan hukum pidana materiil mencakup ketentuan dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dan ketentuan di luar KUHP. Namun dalam pembahasan ini terfokus pada ketentuan dalam KUHP saja. Jadi, Pembaharuan hukum pidana disini dalam arti *legal reform*,⁶² tepatnya Pembaharuan atau pembentukan peraturan perundang-undangan bidang pidana (*legal substance reform*) yang dalam hal ini proses penyusunan dan penetapan Rancangan KUHP (*ius constituendum*) menjadi KUHP positif (*ius constitutum*).

3. **Pidana Islam**, Dalam Islam, terdapat dua konstruksi pidana yaitu ada perbuatan pidana dan bentuk pidana yang ditetapkan langsung oleh Allah (*hudud* dan *jinayat*) dan ada pula perbuatan pidana dan bentuk pidana yang penetapannya diserahkan kepada Negara tentunya tidak bertentangan dengan tuntunan Ilahiyah (*ta'zir*). Para *fuqaha* (ahli hukum Islam) menetapkan *Hudud* sebagai hak Allah (*haqqullah*), *jinayat/qishash-Diyat* merupakan hak Allah yang "kewenangan" menentukannya diserahkan kepada korban atau ahliwarisnya, sedangkan *ta'zir* merupakan hak Negara untuk melakukan *kriminalisasi* atau *dekriminalisasi*, *penalisasi* atau *depenalisasi*.

Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 3.

⁶² Soetandyo Wigjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam Huma, Jakarta, 2002, hlm. 355-361, lihat juga Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaharuan Hukum Pidana Reformasi Hukum*, Grasindo, Jakarta, 2008, hlm. 2.

4. **Politik Hukum Pidana**, sepadan dengan istilah kebijakan hukum pidana (*penal policy*, *criminal law policy* atau *strafrechtspolitik*)⁶³. Menurut Sudarto, Politik hukum adalah Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada saat tertentu. Dengan demikian politik hukum pidana pada hakekatnya merupakan *penal reform*, usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana (berorientasi dan bermuara pada sanksi pidana) agar sesuai dengan keadaan pada waktu tertentu (*ius constitutum*) dan masa datang (*ius constituendum*).
5. **Hukum Pidana Indonesia**, artinya hukum pidana yang sesuai dengan kondisi masyarakat Indonesia berasaskan Pancasila dan UUD RI Tahun 1945, berakar pada nilai-nilai agama dan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Dengan kata lain, hukum pidana yang mencerminkan transformasi nilai budaya dan agama (termasuk agama Islam) yang hidup dalam masyarakat Indonesia serta perkembangan hukum internasional, sehingga terciptanya rasa keadilan masyarakat secara nyata.
6. **Pidana dan Pemidanaan**, dalam berbagai kepustakaan hukum di Indonesia, *straf* sering diterjemahkan sebagai hukuman. Muljatno berpendapat, bahwa istilah hukuman dari kata *straf* adalah istilah konvensional⁶⁴, dan dalam ranah hukum pidana tidak tepat sebab jika *straf* diartikan hukuman maka *strafrecht* seharusnya diartikan sebagai hukum hukuman. Hukuman adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum yang maknanya lebih luas dari pada pidana, mencakup juga keputusan hakim dalam hukum perdata. Sekalipun dapat dibedakan pengertian hukuman dan pidana, atau penghukuman dan

⁶³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 24.

⁶⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm. 1.

pemidanaan, namun kedua istilah memiliki persamaan, yaitu keduanya berlatar belakang tata nilai (*value*), baik dan tidak baik, bersusila dan asusila, dibolehkan dan dilarang dan seterusnya⁶⁵. Menurut Simon, pidana (straf) sebagai penderitaan yang ditimpakan kepada seseorang. Penderitaan itu oleh undang-undang dikaitkan dengan telah terjadinya pelanggaran terhadap suatu norma, yang dengan putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah⁶⁶. Menurut Sudarto, pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu⁶⁷. Menurut Alf Ross, untuk dapat dikategorikan sebagai pidana (*punishment*), suatu sanksi pidana harus memenuhi dua syarat yaitu pencelaan dan penderitaan. Pertama, pidana ditujukan pada pengenaan penderitaan terhadap orang yang bersangkutan. Kedua, pidana itu harus merupakan pernyataan pencelaan terhadap perbuatan si pelaku. Jadi sanksi pidana itu selain penderitaan yang ditujukan kepada si pelaku juga untuk mencela perbuatan pelaku. Menurut Packer, pidana dijatuhkan karena seseorang telah melakukan perbuatan salah dengan tujuan untuk mencegah terulangnya perbuatan itu atau untuk mengenakan penderitaan atau untuk kedua-duanya. Pidana merupakan penjamin/garansi terbaik (*prime guarantor*) sekaligus pengancam utama (*prime threatener*) namun merupakan alat terbaik dalam menghadapi kejahatan⁶⁸. Jenis pidana dalam RKUHP terdiri dari pidana pokok, pidana mati, pidana tambahan dan tindakan (*maatregelen*).⁶⁹

⁶⁵ Andi Hamzah & Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1983, hlm. 20.

⁶⁶ P.A.F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984, hlm. 34.

⁶⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *op.cit.* hlm. 2.

⁶⁸ Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hlm. 87.

⁶⁹ Pasal 65 RKUHP memuat jenis pidana pokok : pidana penjara, pidana tutupan, pidana pengawasan, pidana denda dan pidana kerja sosial; Pasal 66 RKUHP menyebut pidana mati

Pemidanaan merupakan penghukuman dalam perkara pidana sinonim dengan *sentence* atau *veroordeling* berarti aturan atau pedoman mengenai pemberian / penjatuhan dan penerapan / pelaksanaan pidana. Dan dalam penelitian ini, pemidanaan dimaksudkan sebagai pelaksanaan pidana yang telah memiliki kekuatan hukum tetap (*inkracht*).

7. **Tujuan Pemidanaan**, yang dimaksud di sini adalah tujuan pemidanaan dalam hukum pidana positif saat ini. Hanya saja, dalam hukum pidana kita saat ini tujuan pemidanaan belum terlihat jelas baik dalam KUHP maupun dalam undang-undang pemsayarakatan sebagai ketentuan pelaksanaan pidana di Indonesia. Oleh karena itu tujuan pemidanaan dapat dilihat dalam RKUHP (*ius constituendum*). Pasal 54 ayat (1) RKHUP menyebutkan bahwa pemidanaan bertujuan :

- a. Mencegah dilakukannya perbuatan pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
- c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana

Dalam Pasal 54 ayat (2) juga dinyatakan bahwa pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Tujuan pemidanaan penting untuk dirumuskan sebab akan berkaitan pula

sebagai pidana pokok bersifat khusus dan diancamkan secara alternatif; Pasal 67 jenis pidana tambahan : pencabutan hak tertentu, perampasan barang tertentu, pengumuman putusan hakim, ganti kerugian, dan pemenuhan kewajiban adat/*living law*; Pasal 101 ayat (1) dan (2) RKUHP jenis tindakan (tindakan dijatuhkan apabila pelaku tidak dapat dipertanggungjawabkan).

dengan jenis pidana yang dirumuskan, yakni untuk mengukur efektivitas suatu pidana yang dijatuhkan.

Adapun tujuan pemidanaan dalam Islam memiliki tiga dimensi pertama sebagai penebus dosa (*Jawabir*)⁷⁰, kedua pencegahan dan penjeraan (*zawajir*)⁷¹, dan ketiga sebagai perbaikan dan pendidikan (*Ishlah wat-tahdzib*)⁷². Pencegahan dan penjeraan berarti menahan / mencegah pelaku mengulangi perbuatan pidana (prevensi khusus) sekaligus mencegah orang lain agar tidak melakukan perbuatan pidana (prevensi umum). Dengan mengetahui sanksi pidana yang akan dikenakan kepada pelaku dirasakan berat maka orang lain akan berfikir berulang kali untuk melakukan perbuatan pidana. Inilah yang dimaksud konsep mengutamakan pencegahan (prevensi umum) daripada mempidana pelaku. Pemidanaan dalam Islam juga bertujuan memperbaiki / *merehabilitasi*, mendidik pelaku agar menyadari kesalahannya dan menumbuhkan kesadaran diri (budaya hukum) bahwa ia menjauhi perbuatan pidana bukan karena takut akan pidananya, melainkan karena kesadaran diri dan kebencian terhadap perbuatan pidana serta mengharap ridha Allah SWT. Kesadaran seperti ini penting, sebab merupakan alat/sarana paling strategis dalam pencegahan dan penanggulangan kejahatan. Tujuan selanjutnya, membentuk masyarakat yang baik, toleransi, saling menghormati

⁷⁰ *Jawabir* artinya sistem pidana Islam akan menggugurkan / menghapus dosa pelaku di akhirat nanti, hal ini didasarkan pada pernyataan Rasulullah SAW saat peristiwa Baiat Aqabah II, "barang siapa melakukan kejahatan seperti berzina, mencuri, berdusta, lalu ia dijatuhi hukuman atas perbuatannya itu, maka hukuman tersebut akan menjadi kaffarat (penebus dosa) baginya". (H.R.Bukhari dari Ubadah Bin Shamit RA), M. Husain Abdullah, *Dirasat fi Alfiqri Allslamy*, Darul Bayariq, Beirut, 1990, hlm 64. Lihat juga, Nadirsyah Hosen, *Pidana Islam antara zawajir dan Jawabir*, pustaka online, <http://www.media.isnet.org> dapat juga diakses <http://www.hukum-Islam.co.cc>, diakses terakhir tanggal 6 Oktober 2009, jam 10.30 wib. Namun dimensi ini tidak menjadi objek kajian dalam penelitian ini.

⁷¹ A. Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, cetakan IV, 1990, hlm. 257.

⁷² Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit*, hlm. 138.

dan mencintai dengan mengetahui batas-batas hak dan kewajibannya. Pidana yang dijatuhkan juga didasarkan pada pertimbangan korban atau keluarga korban sebagai anggota masyarakat, jadi secara tidak langsung masyarakat pun dilibatkan dalam proses pidana dan pemidanaan. Menurut Topo Santoso, tujuan pemidanaan dalam hukum Islam tidak terlepas dari tujuan umum syariat (hukum) Islam yaitu:⁷³ Menjamin keamanan dari terpenuhinya *dharuriyat* (kebutuhan hidup primer), yang dalam kepustakaan hukum Islam disebut *Al-maqasid al-khamsah* yaitu agama, jiwa, akal pikiran, keturunan dan harta; Menjamin keperluan hidup yang disebut *hajiyyat* (kebutuhan sekunder); Membuat berbagai perbaikan yang disebut *tahsiniyat* (kebutuhan tersier).

1.6 Metode Penelitian

1.6.1 Tipe dan Pendekatan Penelitian

Sesuai dengan rumusan masalah tersebut di atas, penelitian ini menggunakan tipologi penelitian *yuridis normative*⁷⁴ atau metode penelitian *doctrinal*⁷⁵ atau biasa disebut *Legal Research*. Penelitian ini diawali dengan inventarisasi hukum positif (meliputi *law in books* dan *living law*) yang berkaitan dengan masalah yang diteliti. Setelah inventarisasi, selanjutnya melakukan klasifikasi sistematis yang kemudian dianalisis secara kritis dan komprehensif. Penelitian ini meliputi penelitian terhadap norma-norma hukum, asas-asas hukum, perbandingan hukum, sinkronisasi dan harmonisasi hukum berkaitan dengan pidana Islam dan hukum pidana positif. Pendekatan penelitian bersifat deskriptif analitis maksudnya berusaha mendeskripsikan secara sistematis dan

⁷³ Topo Santoso, *op.cit.*, hlm. 19.

⁷⁴ Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 24.

⁷⁵ Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 81.

akurat mengenai sanksi pidana Islam dan relevansinya dengan Pembaharuan hukum pidana.

1.6.2 Teknik Dokumentasi Bahan Hukum

Dalam penelitian ini penulis menggunakan teknik dokumentasi *library research* atau penelitian kepustakaan untuk mendapatkan bahan hukum sebagai data sekunder. Bahan hukum sebagai data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari:

- a. Bahan hukum primer meliputi peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia antara lain, KUHP, Rancangan KUHP (*ius constituendum*) dan sumber utama hukum pidana Islam yakni Al-Qur'an dan *As-Sunnah*/Hadits.
- b. Bahan hukum sekunder, adalah semua publikasi tentang hukum yang merupakan dokumen tidak resmi. Misalnya, buku-buku teks, jurnal atau artikel hasil penelitian ilmiah yang terkait dengan penelitian ini.
- c. Bahan hukum tersier, berupa bahan pendukung yang berisi petunjuk dan penjelasan mengenai bahan hukum primer atau bahan hukum sekunder seperti kamus umum, ensiklopedi, majalah, surat kabar dan lainnya.

1.6.3 Alat Pengumpulan Bahan Hukum

Library research atau studi pustaka digunakan dalam pengumpulan bahan hukum, dengan cara meneliti dokumen-dokumen yang ada, yaitu dengan mengumpulkan data dan informasi baik dari buku, karangan ilmiah, peraturan perundang-undangan dan bahan tertulis lainnya yang berkaitan dengan

penelitian ini. Kemudian mencari, mempelajari, mencatat dan menginterpretasikan hal-hal yang berkaitan dengan objek penelitian secara kritis analitis.

1.6.4 Pengolahan dan Teknis Analisis Bahan Hukum

Berdasarkan sifat penelitian yang menggunakan pendekatan deskriptif analitis, maka analisa data atau bahan hukum yang dipergunakan adalah analisis secara pendekatan kualitatif. Setelah bahan hukum diinventarisasi dan terkumpul, kemudian dilakukan identifikasi dan klasifikasi secara kritis analitis untuk menentukan aturan hukum, dokumen resmi, karangan ilmiah, pendapat ahli hukum mana yang sesuai dan relevan dengan permasalahan yang diteliti. Selanjutnya dilakukan analisa dengan cara deskriptif analitis. Hasil analisa berupa informasi dan jawaban atas permasalahan yang disajikan secara kualitatif tanpa alat ukur berupa angka-angka.

1.7 Sistematika Penulisan

Penulis menyusun suatu sistematika penulisan untuk mempermudah pembahasan dan penulisan selanjutnya, sebagai berikut:

Bab I Pendahuluan, terdiri dari latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka teoritis, kerangka konseptual, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab II Bentuk-bentuk sanksi pidana dan pemidanaan dalam hukum Islam dan kaitannya dengan tujuan pemidanaan di Indonesia, menguraikan tentang, Islam dan hukum pidana, asas-asas hukum pidana dalam hukum islam, perbuatan pidana dalam hukum islam, bentuk sanksi pidana dalam hukum islam, pemidanaan dalam

hukum islam, Bentuk-bentuk pidana Islam dan kaitannya dengan tujuan pembedaan di Indonesia, dan keunggulan hukum pidana islam.

Bab III Formulasi pidana Islam relevan dan Pembaharuan hukum pidana berkaitan dengan upaya penanggulangan kejahatan di Indonesia, menguraikan tentang upaya penanggulangan kejahatan di Indonesia, Pembaharuan hukum pidana Indonesia, aspek agama dalam Pembaharuan hukum pidana, dan formulasi pidana islam.

Bab IV Relevansi Sanksi pidana islam dalam Pembaharuan hukum pidana Indonesia, menguraikan tentang Pentingnya Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Formulasi Pidana Islam dan Rancangan KUHP, relevansi Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Bab V Kesimpulan dan Saran

BAB II

BENTUK-BENTUK SANKSI PIDANA DAN PEMIDANAAN DALAM HUKUM ISLAM DAN KAITANNYA DENGAN TUJUAN PEMIDANAAN DI INDONESIA

2.1 Islam dan Hukum Pidana

Secara garis besar, Islam sebagai agama (*ad-diin*) memiliki sumber utamanya yakni Al-Qur'an sebagai tuntunan *Illahiyah*. Al-Qur'an terdiri dari dua dimensi yaitu aqidah dan syariah⁷⁶, implementasi kedua dimensi tersebut berbuah menjadi akhlak/perangai/pribadi yang terpuji (*akhlah alkrimah*). Aqidah adalah ikatan keyakinan yang didahului oleh pengakuan keimanan berdasarkan pengetahuan yang terbebas dari keraguan. Segala perbuatan dalam Islam dilandasi oleh aqidah Islamiah agar bernilai Islami. Syariah adalah segala peraturan atau hukum-hukum dasar dan pokok yang ditetapkan Allah⁷⁷ agar manusia berpedoman dan berpegang teguh padanya dalam melakukan hubungan dengan Allah dan hubungan dengan sesama manusia⁷⁸.

Syariah atau juga dapat disebut sebagai hukum syariat memiliki sangat banyak aspek, namun pokoknya dapat dikembalikan pada dua bidang yaitu *ibadah*

⁷⁶ Mahmud Syaltut, *Islam, Aqidah dan Syariah*, Jilid I, Pustaka Amani, Jakarta, 1998, hlm.4.

⁷⁷ Hal ini didasarkan pada firman Allah dalam Q.S. Al-An'am /6, ayat 57, yang artinya "menetapkan hukum itu hanyalah hak Allah, Dia menerangkan sebenarnya dan Dia pemberi keputusan yang paling baik". Dalam kaidah ushul fiqh dikenal *La hakama illa lillah*/tidak ada hukum kecuali milik Allah, Abdul Wahab Khalaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam ('Ilmu Ushulul Fiqh)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 148. Dalam ajaran Islam, kaidah / asas tersebut mengandung makna bahwa Allah yang memberikan batasan-batasan hukum untuk manusia, walaupun begitu manusia diberi akal oleh Allah untuk menentukan/menetapkan hukum berdasarkan batasan-batasan tersebut". Dengan demikian, manusia menetapkan hukum harus berpedoman pada ketetapan Allah/tuntunan *Illahiyah*. Ade Maman mengkategorikan hukum kedalam *human law/man made law* dan *law of God/God mad law*. Sistem hukum Islam merupakan kombinasi *man made law* dan *law of God*, lihat Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 20-23.

⁷⁸ Uraian lengkap mengenai syari'ah, lihat Mahmud Syaltut, *op.cit*.

dan *muamalah*. Bidang *ibadah* merupakan hubungan hukum antara manusia dengan Tuhannya, meliputi perbuatan-perbuatan yang dilakukan manusia dalam upaya mendekatkan diri kepada Allah dan sebagai perwujudan mengingat keagungan-Nya, seperti shalat, puasa, haji dan lainnya (dikenal sebagai *ibadah mahdloh*). Peraturan dan hukum mengenai ibadah bertujuan mengatur hubungan manusia tersebut dengan Tuhannya. Bidang *muamalah* (dikenal sebagai *ibadah ghair mahdloh*) merupakan hubungan hukum antar sesama manusia, meliputi perbuatan-perbuatan manusia dalam upaya memelihara kemaslahatan dan menolak kemudharatan melalui pencegahan kezaliman. Ketentuan mengenai *muamalah* adalah hukum Islam/syariat yang mengatur hubungan manusia dengan sesamanya. Misalnya, seperti aturan zakat, aturan keluarga dan waris, aturan jual beli, aturan mengenai ketatanegaraan, aturan peperangan dan perdamaian, aturan sanksi hukum dan sebagainya.

Menurut Abdul Wahab Khalaf, ketentuan mengenai muamalah, terdiri dari hukum keluarga (*ahwal al syakhisiyah*) atau hukum sipil (*al ahkam al madaniyah*); hukum pidana (*al ahkam al jinaiyah*); hukum acara (*al ahkam al murafat*); hukum kenegaraan (*al ahkam al dusturiyah*) yang mencakup hukum internasional (*al ahkam al duwaliyah*); dan hukum ekonomi perdagangan (*al ahkam al iqtisadiyah wa al maliyah*)⁷⁹.

Ketentuan-ketentuan hukum Islam bidang *muamalah* tersebut pada pokoknya ditentukan oleh Al-Qur'an yang kemudian dijelaskan dan dilaksanakan oleh Nabi Muhammad saw sebagai Rasul-Nya. Penjelasan dan pelaksanaan ketentuan-ketentuan tersebut dalam Al-Qur'an oleh Nabi saw dinamakan As-

⁷⁹ Lihat Abdul Wahab Khalaf, *op.cit.*, hlm. 182.

Sunnah⁸⁰. Dalam Islam, Al-Qur'an dan As-Sunnah menjadi sumber hukum yang utama, yang oleh ahli hukum Islam dinamakan sebagai syari'at/hukum syara'. Seluruh aktifitas dalam Islam mengacu pada kaidah-kaidah yang termaktub dalam kedua sumber tersebut⁸¹. Dari Syariat ini, banyak ketentuan-ketentuan yang diinterpretasikan oleh para fuqaha (ahli Hukum Islam) sesuai latar belakang, pemahaman dan pemikirannya yang dikenal dengan ijtihad. Hasil dari interpretasi tersebut disimpulkan dan dipedomani sebagai ketentuan yang mengiringi syariat atau yang disebut *fiqh*. Jadi dalam Islam, Al-Qur'an, As-Sunnah dan hasil Ijtihad merupakan sumber hukum.

Dalam sumber utama hukum Islam yakni AlQur'an dan *As-Sunnah*, tidak ditemukan definisi hukum pidana. Hal ini sesuai dengan sifatnya yang universal dan fleksibel, Al-Qur'an dan As-Sunnah hanya mengatur hal-hal dasar yang pokok-pokoknya saja. Oleh karena, itu penulis ingin mengetengahkan pendapat sarjana mengenai definisi hukum pidana, yang dalam hal ini dapat dinamakan sebagai hasil ijtihad sepanjang tidak bertentangan dengan syari'at.

Moeljatno⁸², mengemukakan bahwa hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu Negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan tentang tiga hal yaitu menentukan perbuatan apa yang dilarang dan diancam pidana (disebutnya sebagai perbuatan pidana), menentukan kapan dan dalam hal apa perbuatan itu dapat dikenakan pidana dan menentukan cara bagaimana pengenaan pidana dapat dilaksanakan.

⁸⁰ yaitu ucapan dan perbuatan Nabi saw yang berkaitan dengan pelaksanaan ketentuan-ketentuan (ayat-ayat) Al-Qur'an yang berfungsi sebagai penjelasan, gambaran, tauladan bagi umat manusia.

⁸¹ Nabi bersabda, aku wariskan kepada kamu sekalian dua hal, yaitu Kitabullah (Al-Qur'an) dan Sunnah Rasul, barngsiapa mempedomaninya niscaya tidak akan sesat selamanya.

⁸² Moejatno, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 1.

Menurut Ahmad Wardi Muslich, Hukum pidana dalam Islam berasal dari istilah *Jinayah* yang berarti perbuatan buruk dan akibat perbuatannya⁸³. Menurut Abdul Qadir Audah, *jinayah* adalah suatu istilah untuk perbuatan yang dilarang oleh syara', baik perbuatan tersebut mengenai jiwa, harta atau lainnya⁸⁴.

Menurut Zainuddin Ali, hukum pidana Islam merupakan terjemahan dari kata *fiqh jinayah*, yaitu segala ketentuan mengenai perbuatan pidana atau perbuatan criminal yang dilakukan oleh *mukallaf* (orang yang dapat dibebani kewajiban) sebagai hasil pemahaman atas dalil-dalil hukum terperinci dari Al-Qur'an dan Hadits⁸⁵. Dari definisi yang dikemukakan beberapa ahli tersebut, ada persamaan yakni tentang tindak pidana, pidana dan ppidanaan. Dengan demikian hukum pidana dalam hukum Islam merupakan bagian dari keseluruhan syari'at/hukum Islam yang mengadakan aturan-aturan tentang perbuatan yang dilarang dan diancam pidana (*jarimah*), kapan dan dalam hal apa perbuatan itu dapat dikenakan pidana (*uqubah*) dan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan (*murafat al uqubah*).

Adapun tujuan ppidanaan dalam Islam sebagaimana diuraikan pada kerangka konseptual, memiliki tiga dimensi pertama sebagai penebus dosa (*Jawabir*), kedua pencegahan dan penjeraan (*zawajir / ar rad'u wa zajru*), dan ketiga sebagai perbaikan dan pendidikan (*Ishlah wat-tahdzib*)⁸⁶.

⁸³ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 1. Perbuatan buruk/keji merupakan perbuatan yang dapat membahayakan agama, jiwa, akal, kehormatan, dan harta benda, karena itu dilarang dan diharamkan dalam Islam. Lihat juga Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah)*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, hlm. 11-15. Lihat juga dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm.ix.

⁸⁴ Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hlm. 11.

⁸⁵ Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 1.

⁸⁶ M. Husen Abdullah, *op.cit.*, hlm. 64. Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit*, hlm. 138., lihat juga A. Hanafi, *op.cit.*, hlm. 279.

Pencegahan dan penjeraan berarti menahan / mencegah pelaku mengulangi perbuatan pidana (prevensi khusus) sekaligus mencegah orang lain *potensial offender* agar tidak melakukan perbuatan pidana (prevensi umum). Pidana yang dijatuhkan dan dirasakan berat oleh terpidana, akan menjadikan terpidana menyadari bahwa akibat perbuatannya itu, ada pihak-pihak lain yang dirugikan dan disengsarakan. Dengan kesadarannya itu, ia tidak akan mengulangi perbuatannya. Selain itu, pidana yang dijatuhkan juga dapat menyadarkan masyarakat umum (*potensial offender*), bahwa ada sanksi pidana yang mengancam kejahatan dan murka Tuhan yang mengutuknya. Masyarakat sadar dan tidak berani melakukan kejahatan karena takut murka Tuhan dan sanksi yang berat. Dengan mengetahui ancaman pidana yang berat atas kejahatan maka orang akan berfikir berulang kali sebelum melakukan perbuatan pidana. Inilah yang dimaksud konsep mengutamakan pencegahan (prevensi umum) daripada mempidana pelaku.

Pemidanaan dalam Islam bertujuan memperbaiki / *merehabilitasi*, mendidik pelaku agar menyadari kesalahannya dan menjauhi kejahatan (*Ishlah wat-tahdzib*). Menjauhi kejahatan bukan karena takut ancaman pidananya, melainkan karena kesadaran diri timbul kebencian terhadap perbuatan pidana serta mengharap ridha Allah SWT. Kesadaran seperti ini penting, sebab merupakan alat/sarana paling strategis dalam pencegahan dan penanggulangan kejahatan. Kesadaran tersebut, akan membentuk masyarakat yang baik, toleransi, saling menghormati dan mencintai dengan mengetahui batas-batas hak dan kewajibannya. Pidana qishash dan *diyat* misalnya, pelaksanaannya didasarkan pada kehormatan dan toleransi/pemaafan korban atau keluarga korban sebagai anggota masyarakat. Jika korban dan ahli waris memaafkan terpidana maka qishash atau *Diyat* dapat

tidak dilaksanakan dan diganti dengan ta'zir. Jadi secara tidak langsung, dalam hukum pidana Islam, masyarakat pun dilibatkan dalam proses pidana dan pembedaan.

Menurut Topo Santoso, tujuan pembedaan dalam hukum Islam tidak terlepas dari tujuan umum syariat (hukum) Islam yaitu: Menjamin keamanan dalam memenuhi *dharuriyat* (kebutuhan hidup primer), yang dalam kepustakaan hukum Islam disebut *Al-maqasid al-khamsah* yaitu agama, jiwa, akal pikiran, keturunan dan harta; Menjamin keperluan hidup yang disebut *hajiyyat* (kebutuhan sekunder); Membuat berbagai perbaikan yang disebut *tahsiniyat* (kebutuhan tersier)⁸⁷. Sementara menurut Zainuddin Ali, tujuan hukum pidana dalam Islam sesuai dengan tujuan hukum pada umumnya, yaitu menegakan keadilan berdasarkan kemauan Pencipta manusia sehingga terwujud ketertiban dan ketentraman masyarakat⁸⁸.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa tujuan hukum termasuk pidana dalam Islam berkaitan dengan dua aspek yaitu aspek pembuat hukum (Allah dan Rasul-Nya) dan aspek manusia sebagai pelaku dan pelaksana hukum. Dilihat dari aspek pembuat hukum (Allah dan Rasul-nya), tujuan hukum Islam adalah menjamin keamanan dalam memenuhi kebutuhan manusia yang bersifat primer, sekunder dan tersier (*dharuriyyah*, *hajiyyah*, dan *tahsiniyyah*).

Kebutuhan primer (*dharuriyyah*) adalah kebutuhan utama yang tidak boleh tidak ada untuk berlangsungnya kehidupan, bila tidak ada maka rusaklah kehidupan. Dalam kehidupan manusia, kebutuhan ini merupakan hal yang penting sehingga tidak bisa abaikan. Apabila kebutuhan ini tidak terjamin, akan terjadi

⁸⁷ Topo Santoso, *op.cit.*, hlm. 19.

⁸⁸ Zainuddin Ali, *op.cit.*, hlm. 11.

kekacauan dan ketidaktertiban di mana-mana. Oleh karena itu kebutuhan ini harus dilindungi dan dipelihara agar kesejahteraan hidup benar-benar terwujud.

Kebutuhan primer (*dharuriyyah*) mencakup lima hal (*al maqasid al khamsah*) yakni agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Perlindungan dan penghormatan agama merupakan tujuan utama hukum Islam. Hal ini disebabkan karena agama merupakan pedoman hidup manusia. Agama Islam bukan hanya mengatur atau memberikan pedoman dalam hubungan manusia dengan Tuhannya saja tetapi juga memberi pedoman dalam hubungan dengan sesamanya, dengan benda dan dengan alam sekitarnya. Hukum Islam melindungi agama yang dianut seseorang dan menjamin kemerdekaan setiap orang untuk beribadah menurut keyakinannya.

Perlindungan/penghormatan jiwa merupakan tujuan kedua hukum Islam, karenanya hukum Islam memelihara hak untuk hidup dan mempertahankan kehidupannya. Untuk itu hukum Islam melarang pembunuhan⁸⁹. Perlindungan / penghormatan terhadap akal sangat dipentingkan dalam hukum Islam karena dengan mempergunakan akalnya manusia dapat berfikir tentang Allah, alam semesta dan dirinya sendiri. Untuk memelihara akal itulah hukum Islam melarang orang mengkonsumsi yang memabukan seperti *khamr*⁹⁰. Perlindungan dan penghormatan keturunan sangat dipentingkan agar menjaga kemurnian darah dan meneruskan kelanjutan keturunan ummat secara sah. Dalam Islam hubungan darah sangat dijaga agar keturunan umat manusia dapat diteruskan

⁸⁹ Firman Allah dalam Q.S. Al Israa 17:33, yang artinya: "Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah, melainkan dengan suatu alasan yang benar, dan barang siapa dibunuh secara zalim maka sesungguhnya Kami telah member kekuasaan kepada ahli warisnya, tetapi janganlah ahli warisnya itu melampaui batas dalam membunuh, sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan. Alasan yang dibenarkan syara' seperti qishash, membunuh orang murtad, dan rajam.

⁹⁰ Islam mengajarkan bahwa setiap yang memabukan adalah *khamr* dan setiap yang memabukan hukumnya haram, sebagaimana firman Allah dalam Q.S. Al Maaidah /5 : 90, yang artinya "hai orang-orang yang beriman, sesungguhnya khamr, berjudi, (berkorban untuk) berhala, dan mengundi nasib adalah perbuatan syetan, maka jauhilah perbuatan itu agar kamu mendapat keberuntungan.

secara suci/murni, sah, dan mashlahat. Hal ini dapat dimengerti secara awam bahwa jika kemurnian darah/keturunan tidak dijaga maka manusia tidak akan berbeda dengan binatang yang tidak mempedulikan hubungan darah. Perlindungan atau penghormatan hubungan darah dalam Islam, terlihat dalam hal hubungan darah yang menjadi syarat untuk saling mewarisi, adanya larangan perkawinan⁹¹, dan larangan berzina⁹².

Perlindungan/penghormatan harta kekayaan merupakan tujuan kelima hukum Islam. Dalam ajaran Islam, harta merupakan anugerah Tuhan kepada manusia, agar manusia dapat mempertahankan dan melangsungkan kehidupannya. Oleh karena itu hukum Islam melindungi hak manusia untuk memperoleh harta dengan cara halal dan menjaganya dari kejahatan. Perlindungan harta mulai dari cara perolehan, penggunaan sampai peralihan harta setelah manusia meninggal⁹³.

Kelima kebutuhan primer (*dharuriyyah*) tersebut mesti dijamin perlindungan, pemeliharaan, penghormatan dan keamanannya agar terpenuhinya kebutuhan hidup sehingga kebaikan dan kesejahteraan manusia (*mashlahah*) dapat diwujudkan dalam kehidupan. Hukum Islam telah menetapkan pemenuhan, dan

⁹¹ Berdasarkan QS. An Nisaa /4 : 23, perkawinan yang dilarang adalah mengadakan perkawinan dengan orang-orang yang diharamkan untuk dikawini yaitu ibu kandung, anak kandung, saudara kandung, saudara kandung bapak/seperti bibi atau etek, saudara kandung ibu, anak perempuan dari saudara kandung yang laki-laki, anak perempuan dari saudara kandung yang perempuan, ibu-ibu yang menyusui, saudara perempuan sepersusuan, ibu-ibu istri (mertua), anak dari istri (anak tiri) yang istrinya telah dicampuri, istri-istri anak kandung (menantu), menghimpunkan dalam perkawinan dua perempuan yang bersaudara.

⁹² QS. Al Israa 17:32, memperingatkan "*dan janganlah kamu mendekati zina, sesungguhnya zina itu perbuatan keji dan jalan yang buruk*".

⁹³ Misalnya perlindungan dari penipuan, penggelapan, perampasan, pencurian dan sebagainya, firman Allah, antara lain Q.S. An Nisaa 4:29 menyatakan bahwa "*.....janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan bathil (illegal) kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku suka sama suka diantara kamu.....*" Q.S. Al Maidah 5:38 menyatakan bahwa "*laki-laki atau perempuan yang mencuri potonglah tangannya sebagai sanksi atas perbuatannya dan siksaan dari Allah*", Q.S. An Nisaa 4:7

perlindungan tiap kebutuhan itu, serta menegaskan ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan itu sebagai ketentuan yang essensial.

Tujuan hukum Islam berikutnya dari aspek pembuat hukum adalah menjamin dan melindungi keperluan hidup yang dikenal kebutuhan sekunder/*hajiyyah*. *Hajiyyah* mencakup berbagai fasilitas bagi manusia dalam memudahkan kerja dan tanggung jawab memenuhi kebutuhan primer/*dharuriyyah*. Dengan kata lain *hajiyyah* berarti kebutuhan yang diperlukan manusia untuk mencapai kebutuhan primer. Ketiadaan berbagai fasilitas ini tidak menyebabkan kekacauan dan ketidaktertiban atau rusak kehidupan, akan tetapi akan menambah kesulitan bagi manusia. Jadi, *hajiyyah*/keperluan-keperluan sekunder terdiri dari berbagai hal yang menyingkirkan kesulitan dan menambah kemudahan hidup manusia. Misalnya fasilitas/sarana transportasi, sarana komunikasi, sarana hak asasi manusia dan sebagainya.

Tujuan ketiga hukum Islam dari aspek pembuat hukum adalah menjamin dan melindungi kebutuhan tersier/*tahsiniyyah*. *Tahsiniyyah* berarti membuat berbagai perbaikan, yaitu menjadikan hal-hal yang dapat menghiasi kehidupan sosial dan menjadikan manusia mampu berbuat dan mengatur hidupnya lebih baik. Dengan kata lain, *tahsiniyyah* berarti kebutuhan hidup manusia yang menunjang kebutuhan primer dan sekunder. Ketiadaan kebutuhan tersier atau *tahsiniyyah* (penunjang/perbaikan-perbaikan dalam hidup) tidak menyebabkan kekacauan atau kerusakan hidup sebagaimana ketiadaan kebutuhan primer/*dharuriyyah*, juga tidak menyebabkan menambah kesulitan sebagaimana ketiadaan kebutuhan sekunder atau *hajiyyah*, hanya saja jika kebutuhan tersier/*tahsiniyyah* ini tidak dimiliki akan membuat hidup tidak menyenangkan. Dalam hal ini, perbaikan/*tahsiniyyah* mencakup arti kebajikan (*virtues*), cara-cara

yang baik (*good manner*), dan segala sesuatu yang melengkapi peningkatan pola hidup manusia.

Sedangkan dari aspek pelaku hukum (manusia), tujuan hukum Islam adalah untuk mencapai kehidupan manusia yang bahagia dan sejahtera dengan cara mengambil hal yang bermanfaat dan menolak atau menjauhi hal-hal yang tidak berguna bagi kehidupan⁹⁴. Kebahagiaan dalam Islam yaitu mencapai keridhaan Allah dalam kehidupan manusia baik di dunia maupun di akhirat sebagai buah dari menjalankan semua yang bermanfaat (yang diperintahkan-Nya) dan menjauhi semua yang merusak (yang dilarang-Nya).

Selaras dengan uraian tersebut, Juhaya S. Praja telah mengemukakan bahwa tujuan hakiki hukum Islam (termasuk hukum pidana) adalah tercapainya kebahagiaan/keridaan Allah dalam kehidupan manusia di dunia dan di akhirat⁹⁵. Jadi, hukum pidana dalam Islam merupakan syariat Allah (tuntunan Ilahiyah) yang mengandung tujuan *mashlahat* yaitu *sosial welfare* dan perlindungan masyarakat (*sosial defence*). Kemashlahatan hidup dirumuskan oleh Abu Ishak As-Syathibi dan disepakati oleh ahli hukum lainnya sebagai *maqasid al syariah*⁹⁶, yang

⁹⁴ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 62.

⁹⁵ Juhaya S. Praja, *Epistimologi Hukum Islam*, Disertasi IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 1988, hlm. 196, dalam Mohammad Daud Ali, *ibid*.

⁹⁶ *Maqasid Al Syariah* atau *al maqasid al syar'iyah fi al syari'ah* atau *maqasid fi syar'i al hukm*, merupakan istilah yang berarti tujuan, arah, sasaran dan dasar pijakan bagi hukum yang ditetapkan Allah, yaitu bahwa hukum Islam termasuk hukum pidananya bertujuan mewujudkan kebaikan/tertib sosial, kepentingan dan kebahagiaan manusia (*maslahah*) alias kesejahteraan bagi manusia (*sosial welfare*) di dunia dan juga di akhirat. Tujuan demikian dapat kita tangkap antara lain dalam Q.S. Al Anbiya 21:107, "dan tiadalah kami mengutus kamu melainkan untuk menjadi rahmat bagi semesta alam". QS. alBaqarah 2: 201-202, "diantara mereka ada yang berdo'a: ya Tuhan kami berilah kami kebaikan di dunia dan di akhirat dan peliharalah kami dari siksa neraka, mereka itulah yang mendapat bahgia dari apa yang mereka usahakan.....", Abu Ishaq Ibrahim Al Syathibi, *Al Muwafaqat fi Usul Al Syari'ah*, Dar al Qutub al Ilmiyah, Beirut, Juz ke-2, hlm. 3. Lihat juga Amrullah Ahmad, et.al., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996, hlm.103. Lihat juga Suparman Usman, *Hukum Islam, Asas-asas dan pengantar studi studi hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2002, hlm. 66.

meliputi kebutuhan primer *dharuriyyah* (*al maqasid al khamsah*), kebutuhan sekunder (*hajiyyah*), dan kebutuhan tersier (*tahsiniyyah*).

Berdasarkan uraian tersebut, dapat dikemukakan bahwa tujuan hukum pidana dalam Islam adalah perlindungan masyarakat (*sosial defence*) untuk memelihara agama, jiwa, akal, harta, dan keturunan, agar mencapai kebahagiaan hidup dan kesejahteraan manusia (*sosial welfare*). Oleh karena itu kedudukan hukum pidana Islam sangat penting dalam kehidupan bermasyarakat. Empat dari lima tujuan hukum Islam tersebut, hanya dapat dicapai dengan mentaati ketentuan hukum pidana Islam⁹⁷, dua diantaranya bertautan dengan ketentuan hukum perdata Islam yakni harta dan keturunan, sementara akal dan jiwa semata-mata dipelihara oleh hukum pidana Islam.

2.2 Asas-asas Hukum Pidana dalam Hukum Islam.

Ini penting karena berkaitan dengan asas-asas hukum pidana modern. Sebelum menjawab ini, ada baiknya diuraikan sekilas mengenai asas-asas dalam hukum Islam. Perkataan asas berasal dari bahasa Arab, *asasun* yang artinya dasar, basis, pondasi⁹⁸. Jika dikaitkan dengan sistem berfikir, asas adalah landasan berfikir yang sangat mendasar. Dalam Bahasa Indonesia, asas berarti sebagai dasar, alas, pondamen, asas sebagai kebenaran yang menjadi tumpuan berfikir atau pendapat, asas sebagai cita-cita dasar suatu organisasi atau Negara⁹⁹.

Bila asas dihubungkan dengan hukum sehingga menjadi asas hukum berarti kebenaran yang digunakan sebagai tumpuan berfikir/analisis dan alasan suatu argumentasi terutama dalam penegakan dan pelaksanaan hukum. Menurut

⁹⁷ Lihat Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika Jakarta, 2007, hlm. 14.

⁹⁸ Mohammad Daud Ali, *op.cit.* hlm.126. Lihat Idrus Alkaf, *Kamus Tiga Bahasa, Arab, Indonesia, Inggris*, Karya Utama, Surabaya, t.t. hlm. 31.

⁹⁹ Tim Ganeca Sains, *op.cit.*, hlm. 29.

Remmelink asas hukum adalah aturan tidak tertulis yang merujuk pada suatu nilai sosial-etis, suatu cita/ide hukum tertentu. Nilai atau cita tersebut mendorong perkembangan hukum bagi penghormatan nilai dimaksud, yakni sewaktu melakukan interpretasi hukum, hakim harus memperhatikan asas tersebut¹⁰⁰.

Asas hukum berfungsi sebagai rujukan untuk mengembalikan segala masalah yang berkenaan dengan hukum. Asas hukum Islam berasal dari sumbernya terutama Al-Qur'an dan Al-Sunnah yang kemudian dikembangkan oleh akal fikiran manusia yang memenuhi syarat untuk itu. Asas-asas hukum Islam dari sumbernya tersebut, sangat banyak, meliputi asas hukum yang bersifat umum, berkaitan dengan hukum pidana, hukum perdata, hukum tata Negara dan administrasi Negara, dan asas hukum internasional. Namun demikian, Tim Pengkajian Hukum Islam Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman (sekarang Komisi Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM), dalam laporannya tahun 1983/1984 (laporan 1983/1984:14-27)¹⁰¹ hanya menyusun asas-asas hukum Islam yang bersifat umum, asas hukum pidana dan asas hukum perdata. Asas-asas hukum yang bersifat umum adalah asas hukum yang meliputi semua bidang dan lapangan hukum Islam, antara lain yaitu asas keadilan, asas kepastian hukum dan asas kemanfaatan. Asas-asas hukum yang sempat dibicarakan disini adalah asas-asas umum dan asas hukum pidana.

Asas-asas hukum pidana Islam adalah asas-asas hukum yang mendasari pelaksanaan hukum pidana Islam, antara lain asas legalitas, asas larangan

¹⁰⁰ Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas pasal terpenting dari kitab undang-undang hukum pidana Belanda dan Padanannya dalam kitab undang-undang hukum pidana Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 2003, hlm. 49.

¹⁰¹ Lihat Arif Furqan, et.al., *Islam untuk Disiplin Ilmu Hukum*, Departemen Agama RI, Dirjen Kelembagaan Agama Islam, Jakarta, 2002, hlm. 24.

meminidahkan kesalahan pada orang lain, dan asas praduga tidak bersalah. Asas-

asas hukum tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

Asas keadilan merupakan asas yang sangat penting dan mencakup sebagai asas semua bidang hukum Islam. Dalam Al Qur'an, keadilan disebut lebih dari 1000 kali, terbanyak disebut setelah kata Allah dan ilmu pengetahuan.

Banyak ayat *Al-Qur'an* yang memerintahkan manusia berlaku adil dan

mengagkan keadilan, diantaranya Surat Shadd / 38 ayat 26:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ إِنَّمَا يُعْطِي الْحَقَّ الْمُتَّقِينَ
وَلَا تَقْبَلُوا الرِّبَا بَعْدَ إِذْ أُبْهِقَ إِلَيْكُمُ الرِّبَا بِأَكْبَارِهِ إِنَّكُمْ تَكُونُونَ رَاكِبِينَ
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٣٨﴾

Hai Daud, sesungguhnya Kami menjadikan kamu khalifah (penguasa) di muka bumi, maka berilah keputusan (perkara) di antara manusia dengan adil dan janganlah kamu mengikuti hawa nafs, karena ia akan menyesatkan kamu dari jalan Allah. Sesungguhnya orang-orang yang sesat dari jalan Allah akan mendapat azab yang berat, karena mereka melupakan hari perhitungan.¹⁰²

Selain itu, dalam Q.S. Al-Nisaa / 4 ayat 135 disebutkan bahwa:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنِ اتَّخَذْتُمُ الْمُشْرِكِينَ حِزْبًا مِّمَّنْ هُمْ أَثَرُ اللَّيْلِ تُبِينُ
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنِ اتَّخَذْتُمُ الْمُشْرِكِينَ حِزْبًا مِّمَّنْ هُمْ أَثَرُ اللَّيْلِ تُبِينُ
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنِ اتَّخَذْتُمُ الْمُشْرِكِينَ حِزْبًا مِّمَّنْ هُمْ أَثَرُ اللَّيْلِ تُبِينُ ﴿١٣٥﴾

kedudukan, asal usul, keyakinan agama yang dipeluk pencari keadilan). Dengan demikian, keadilan adalah asas yang mendasari proses dan sasaran hukum Islam.

Dari beberapa ayat yang menegaskan asas keadilan tersebut, tercermin juga asas kesamaan alias asas persamaan dimuka hukum (*equality before the law*)¹⁰⁶. Asas kesamaan menghendaki adanya keadilan dalam arti setiap orang adalah sama dihadapan hukum dan harus diperlakukan sama dalam hukum¹⁰⁷. Asas keadilan menurut Al-Qur'an di atas jelas mengandung prinsip-prinsip/asas universal yaitu asas persamaan, tidak diskriminatif (*equality, indiskriminatif*); tidak pilih kasih (*nonfavoritisme, anti nepotisme*); tidak berpihak (*fairness, impartial*); dan objektivitas.¹⁰⁸

Asas kepastian hukum pada dasarnya dimplementasikan dengan asas legalitas yang akan diuraikan di depan. Melalui asas ini, individu mempunyai jaminan perlindungan dari kesewenangan Negara sehingga terjadi kepastian hukum.

¹⁰⁶ Asas ini merupakan manifestasi dari Negara hukum yang harus memperlakukan sama setiap orang dalam arti perlindungan sama di depan hukum dan mendapatkan keadilan yang sama dalam hukum. Lilik Mulyadi, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2008, 17-18.

¹⁰⁷ P. Scholten, mengklasifikasikan asas kesamaan, asas kepribadian, asas persekutuan, asas kewibawaan dan asas pemisahan antara baik dan buruk, sebagai asas hukum yang berlaku universal, tidak terpengaruh waktu dan tempat dan berhubungan dengan seluruh bidang hukum. Menurutnya keadilan merupakan realisasi dari asas kesamaan, dan yang adil ialah apabila setiap orang memperoleh hak yang sama. Lihat Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2002, hlm. 36-37.

¹⁰⁸ Hal ini terbukti secara praktis historis saat wanita kaya dari suku terhormat (Ghamidiyah) didakwa kasus pencurian, beberapa anggota keluarganya mendatangi Rasulullah SAW, agar membebaskan wanita itu, namun Rasulullah SAW dengan tegas menolak dengan menyatakan "seandainya Fatimah anak Muhammad mencuri, ikatan kekeluargaan tidak dapat menyelamatkannya dari hukuman had/hudud". Prinsip perspektif teoritis dan praktis tersebut tentu berbeda dengan prinsip hukum pidana yang dianggap modern saat ini yang masih mengakui keistimewaan seseorang walaupun Pasal 4 ayat (1) UU No.48 /2009 menyatakan pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang. Menurut Abdul Qadir Audah, hukum pidana modern masih memuat beberapa pembedaan (*diskriminasi*) dengan dalih sebagai keistimewaan antara lain diberikan kepada kepala Negara termasuk kepala daerah, diplomat asing, anggota parlemen, pejabat Negara, anggota masyarakat tertentu yang terhormat/kaya. Bila mereka melakukan perbuatan pidana maka perlakuan yang diterima akan berbeda dengan masyarakat biasa. Lihat lengkapnya Nagaty Sanad, *op.cit.*, hlm. 1-45.

Asas kemanfaatan adalah asas yang mengiringi asas keadilan dan kepastian hukum. Dalam melaksanakan asas keadilan dan kepastian hukum seyogyanya dipertimbangkan kemanfaatannya, baik bagi individu maupun masyarakat. Misalnya, dalam melaksanakan ancaman pidana mati kepada pelaku pembunuhan, dapat dipertimbangkan kemanfaatan penjatuhan pidana mati bagi diri terdakwa dan kepentingan masyarakat. Kalau pidana mati yang akan dijatuhkan lebih bermanfaat bagi kepentingan masyarakat, pidana itulah yang dijatuhkan. Tetapi, kalau tidak dijatuhkan pidana mati lebih bermanfaat bagi terdakwa dan keluarga korban, maka ancaman pidana mati dapat diganti dengan pidana denda (*Diyat*) yang dibayarkan kepada keluarga korban. Asas ini disimpulkan dari Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 178:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ
وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ۖ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعُ
بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ۚ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ
فَمَنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾

"Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih".¹⁰⁹

¹⁰⁹ Al-Quran, *op.cit.* hlm. 43.

Berdasarkan ayat ini, *qishash* adalah hak keluarga korban yang terbunuh untuk menuntut balas setara dengan perbuatan pelaku dan kewajiban Negara adalah melaksanakannya. Namun bila keluarga korban atau ahli warisnya secara baik/rela memaafkan pelaku, maka *qishash* tidak dilaksanakan dan diganti dengan *Diyat* berupa pembayaran denda/ganti rugi yang diberikan kepada keluarga korban. Dalam hal ini pembayaran *Diyat* lebih memberikan manfaat baik bagi pelaku dan juga keluarga korban.

Asas legalitas. Sebagaimana telah diuraikan, kata asas berasal dari bahasa Arab, *asasun* berarti dasar/prinsip. Sementara, kata legalitas berasal dari bahasa Latin, *lex* yang berarti undang-undang, atau dari kata jadian *legalis/ legal* berarti sah, maka legalitas / *legality* adalah keabsahan menurut undang-undang/hukum¹¹⁰. Secara historis, asas ini berasal dari gagasan sarjana hukum Jerman, Anselm von Feuerbach dalam bukunya *Lehrbuch des peinlichen Recht* (1801)¹¹¹, mengemukakan "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*"¹¹².

Dalam hukum pidana Indonesia asas legalitas dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) yang berbunyi "tiada suatu perbuatan boleh dihukum melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam undang-undang yang ada terdahulu dari pada perbuatan itu". Dengan ketentuan itu, larangan menurut adat tidak berlaku untuk menghukum orang, selanjutnya menentukan bahwa ketentuan pidana dalam undang-undang tidak dapat

¹¹⁰ Ranuhandoko, *op.cit.*, hlm. 379. Lihat juga Tim Ganeca Sains, *op.cit.*, hlm. 259.

¹¹¹ Menurut Satochid Kertanegara, asas legalitas muncul pada akhir abad sebelum revolusi Perancis. Pada saat itu belum dikenal hukum pidana yang tertulis, sehingga pemeriksaan perkara sepenuhnya diserahkan kepada hakim, akibatnya hakim bertindak sewenang-wenang dan dapat menjatuhkan pidana berdasarkan keyakinan pribadinya, dengan sendirinya tidak ada kepastian hukum. Satochid Kertanegara dalam Fajrime A. Gofar, *Asas Legalitas dalam Rancangan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP, ELSAM, Jakarta, 2005, hlm. 10.

¹¹² Artinya, "tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dulu", maksudnya adalah tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam pidana kalau belum dinyatakan dalam undang-undang; tidak boleh menggunakan analogi dalam menentukan perbuatan pidana ; dan aturan hukum pidana tidak berlaku surut. Lihat Moeljatno, *op.cit.*, hlm. 23-30.

dikenakan kepada perbuatan yang telah dilakukan sebelum ketentuan pidana itu ada (tidak berlaku mundur/asas *non retroaktif*)¹¹³. Hal ini berbeda sekali dengan ketentuan asas legalitas dalam Rancangan KUHP.

Ketentuan/rumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) sampai ayat (4) Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Rancangan KUHP) mengalami pergeseran. Asas legalitas dalam Pasal 1 Rancangan KUHP dapat dilihat sebagai berikut :

- (1) Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai perbuatan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
- (2) Dalam menetapkan adanya perbuatan pidana dilarang menggunakan analogi
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan
- (4) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dengan adanya ketentuan dalam ayat (3) dan (4) tersebut, asas legalitas telah mengalami pergeseran¹¹⁴. Melalui Pasal 1 ayat (3) Rancangan KUHP, bisa

¹¹³ Lihat R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-komentarnya lengkap Pasal demi Pasal*, Politeia, Bogor, 1996, hlm. 27. Bandingkan dengan ketentuan serupa dalam Pasal 1 ayat 1-4 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) yang mengakomodir *living law* seperti hukum adat.

saja seseorang dapat dituntut dan dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*), walaupun perbuatan tersebut tidak dinyatakan dilarang dalam perundang-undangan. *The Living Law* memiliki arti yang sangat luas, mencakup antara lain hukum adat, hukum kebiasaan, hukum local, hukum asli, hukum pribumi dan hukum agama¹¹⁵.

Asas legalitas dianggap sebagai salah satu wujud dari perjanjian antara penguasa/Negara dan individu¹¹⁶. Artinya, kebebasan individu sebagai subjek hukum mendapatkan jaminan perlindungan kontraktual melalui asas legalitas. Melalui asas legalitas inilah terjadi suatu pembenaran kepada Negara untuk menjatuhkan pidana sehingga ada kepastian hukum.

Hukum pidana Islam, dapat menerima ketentuan tersebut di atas tentang asas legalitas, sesuai dengan sumbernya yang utama (Al-Qur'an dan AsSunnah). Dalam hukum pidana Islam, asas legalitas secara substansial dinyatakan dalam Al-Qur'an. Bahwa Allah tidak akan menjatuhkan hukuman bagi manusia dan tidak akan meminta pertanggungjawaban manusia sebelum adanya penjelasan dan pemberitahuan melalui rasul-rasul-Nya.

Asas legalitas digariskan dalam beberapa ayat dari Al-Qur'an, antara lain Surat al-Isra (17) ayat 15 menyatakan bahwa Kami tidak akan menyiksa mereka (yang bersalah) sebelum Kami mengutus seorang Rasul¹¹⁷. Dalam Surat al-Qashash (28) ayat 59 ditegaskan bahwa "Allah tidak menghancurkan penduduk

¹¹⁴ Sebagian ahli hukum pidana menganggap bahwa pengaturan tersebut merupakan perluasan dari asas legalitas namun sebagian lagi menganggap sebagai kemunduran, akibatnya timbul perdebatan diantara yuris Indonesia bahkan yuris Belanda. Lihat Fajrime A. Gofar, *op.cit.*, hlm. 3-16.

¹¹⁵ Fajrime A. Gofar, *ibid*.

¹¹⁶ Teori Perjanjian dalam hukum pidana dikembangkan antara lain oleh Hugo Grotius, yang mengumpamakan dengan kontrak jual beli yang secara alamiah terikat pada semua kewajiban yang melekat pada kontrak itu, demikian juga seseorang yang melakukan delik akan menerima apa yang secara alamiah terkait pada delik dimaksud, yakni hukuman. Lihat Jan Rummelink, *op.cit.*, hlm. 598.

¹¹⁷ Lihat lengkapnya dalam Al-Qur'an dan Terjemahnya, *op.cit.*, hlm. 426.

suatu negeri sebelum diutusnya Rasul yang membacakan ayat-ayat kami kepada mereka dan mereka melakukan kezaliman")¹¹⁸. Dalam Surat al-An'am (6) ayat 19 disebutkan bahwa "*Al-Qur'an* diwahyukan kepadamu sebagai pedoman yang memberi peringatan"¹¹⁹.

Berdasarkan beberapa ketentuan tersebut, dapat ditarik suatu prinsip yang sangat penting dalam hukum Islam, yaitu "tidak ada perbuatan pidana dan tidak ada hukuman kecuali adanya *nash*", "tidak ada hukuman walaupun bagi perbuatan orang berakal sebelum adanya ketentuan *nash*"¹²⁰. Pengertian dari prinsip tersebut adalah bahwa perbuatan orang yang cakap (*mukallaf*) tidak dapat dianggap bersalah sebelum adanya ketentuan (*nash*) yang melarang perbuatan itu dan mengancamnya dengan hukuman.

Dengan demikian, asas legalitas yang dianut hukum pidana positif tidak jauh berbeda dengan asas legalitas dalam hukum Islam. Perbedaanya tipis hanya terletak dalam hal sumber hukumnya yaitu asas legalitas dalam hukum Islam ada sejak Al-Qur'an diturunkan/diwahyukan Allah kepada Rasul-Nya dan bersumber dari Al-Qur'an dan *As-Sunnah* sebagai asas hukum yang mendasari pelaksanaan hukum pidana Islam.

Asas larangan memindahkan kesalahan pada orang lain berarti setiap orang yang bersalah melakukan perbuatan pidana harus bertanggungjawab atas perbuatannya tanpa mengalihkan kepada orang lain. Istilah ini dikenal dengan individualisasi pidana, siapa yang berbuat dia yang bertanggung jawab¹²¹. Asas pertanggungjawaban pidana dikenal dengan istilah *Geen straf zonder schuld*, tidak

¹¹⁸ Lihat, *ibid.*, hlm. 619.

¹¹⁹ Lihat, *ibid.*, hlm. 189.

¹²⁰ Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hlm. 116.

¹²¹ Diambil dari ungkapan kuno "*die tat totet den mann le fait juge l'homme*", tiap orang harus menanggung konsekwensi dari perbuatannya. Lihat Jan Remmelink, *op.cit.*, hlm. 147.

dipidana jika tidak ada kesalahan¹²². Seseorang tidak mungkin dijatuhi pidana kalau dia tidak melakukan perbuatan pidana, walaupun melakukan perbuatan pidana tidak selalu dapat dipidana kecuali memiliki kesalahan. Kesalahan (*schuld*) adalah pencelaan masyarakat terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang atau merugikan masyarakat yang sebenarnya dapat dihindarinya¹²³.

Untuk menetapkan adanya kesalahan mesti ada dua elemen yakni perilaku yang merugikan masyarakat /perbuatan pidana dan sifat ketercelaan perbuatan tersebut dalam arti perbuatan harus memiliki sifat layak dipidana. Menurut Simons sebagaimana dikutip Moeljatno kesalahan adalah keadaan *psikis* tertentu pada orang yang mampu bertanggungjawab yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa sehingga orang itu dapat dicela karena perbuatan tadi¹²⁴.

Secara psikologis ada dua bentuk kesalahan yaitu kesengajaan (*dolus*) dan kelalaian (*culpa*). *Dolus* berarti berbuat dengan kehendak dan maksud (menghendaki dan mengetahui / *willens en wetens*), sedangkan *culpa* berarti tidak diperhitungkan munculnya akibat fatal yang tidak dikehendaki undang-undang. Mampu bertanggung jawab mengandung pengertian mampu membedakan yang baik dan buruk, sesuai hukum atau melawan hukum, dan mampu menentukan kehendaknya atau menyesuaikan perilaku dengan keinsyafan atau kesadarannya¹²⁵.

Dengan demikian, untuk menetapkan adanya kesalahan terdakwa harus memenuhi empat faktor yaitu melakukan perbuatan pidana, mampu bertanggungjawab, adanya *schuld* berupa *dolus* atau *culpa*, tidak adanya alasan

¹²² Untuk pertanggungjawaban pidana tidak cukup dengan dilakukan perbuatan pidana saja tetapi harus ada kesalahan (*Actus non facit reum, nisi mens sit res / an act does not make a person guilty, unless the mind is guilty*), Lihat Moeljatno, *op.cit.*, hlm.153-164.

¹²³ Jan Remmelink, *op.cit.*, hlm 142. Lihat juga Moeljatno, *ibid*, hlm. 157.

¹²⁴ Simons dalam Moeljatno, *ibid*, hlm. 158.

¹²⁵ Untuk mengetahui eksistensi yuridis mengenai teori kesalahan dan kemampuan bertanggungjawab, lihat pasal 44 – 51 KUHP, R. Soesilo, *op.cit.* hlm 60-67. .

pemaaf¹²⁶. Dalam hukum pidana Islam juga dikenal asas pertanggungjawaban pidana tersebut. Q.S. An-Najm (53) ayat 38-41, menyatakan bahwa seseorang yang berdosa tidak memikul dosa orang lain, seseorang tidak akan memperoleh selain apa yang diusahakannya, dan usahanya itu akan diperlihatkan, kemudian akan diberi balasan dengan balasan yang paling sempurna¹²⁷.

Setiap orang bertanggung jawab atas perbuatannya masing-masing. Tidak jauh berbeda dengan yang diuraikan tersebut di atas, pertanggungjawaban pidana dalam hukum pidana Islam adalah pembebanan seseorang akibat perbuatan atau tidak adanya perbuatan yang dikerjakannya dengan kemauan sendiri, dimana orang tersebut mengetahui maksud dan akibat perbuatannya itu.

Pertanggungjawaban pidana ada karena adanya kesalahan yang didasarkan pada tiga hal yaitu adanya perbuatan yang dilarang, dikerjakan dengan kemauan sendiri, mengetahui akibat perbuatannya. Apabila terdapat tiga hal tersebut maka terdapat pula kesalahan yang karenanya ada pertanggungjawaban. Anak-anak yang melakukan perbuatan pidana dianggap belum mampu mengetahui perbuatan perbuatan baik atau buruk dan akibatnya. Atau orang yang dipaksa melakukan perbuatan pidana dianggap tidak memiliki kemauan sendiri untuk melakukan perbuatan pidana. Dengan demikian, anak di bawah umur, orang sakit jiwa, dalam keadaan terpaksa atau diancam tidak dapat dibebani pertanggungjawaban, karena tidak ada kesalahan sebagai dasar pertanggungjawaban pidana¹²⁸.

¹²⁶ Moeljatno, *op.cit.*, hlm. 164.

¹²⁷ Yayasan Penyelenggara Penerjemah AlQur'an, *op.cit.* hlm. 874. Lihat juga QS. Al-Muddatstsir (74) ayat 38; QS. Al-An'am (6) ayat 165; QS. Al-Faathir (35) ayat 18; QS.Az-Zumar (39) ayat 7.

¹²⁸ Pembebasan pertanggungjawaban pidana didasarkan pada Al-Quran S. An-Nahl (16) ayat 106:dan Al-Sunnah/ hadits yang diriwayatkan Ahmad dan Abu Daud.

Asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*), diyakini dan disimpulkan dari adagium bahwa setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, dan atau dihadapkan di muka persidangan baik di tingkat *yudex facti* (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi) maupun *yudex juris* (Mahkamah Agung), wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*)¹²⁹.

Dalam hukum pidana Islam, asas praduga tak bersalah lebih diarahkan pada mengutamakan substansi daripada formalitas seperti dalam adagium di atas. Asas praduga tak bersalah adalah konsekuensi dari asas legalitas. Pada awalnya semua perbuatan boleh dilakukan kecuali dinyatakan sebaliknya oleh *nash* hukum. Jika seseorang disangka dan didakwa melakukan perbuatan pidana maka ia dianggap tidak bersalah kecuali dibuktikan kesalahannya melakukan perbuatan pidana tanpa ada keraguan, jika suatu keraguan yang beralasan muncul, seorang tertuduh harus dibebaskan¹³⁰.

Ketentuan asas praduga tak bersalah dalam hukum pidana Islam dirumuskan dari ketentuan mengenai asas legalitas dan asas larangan memindahkan kesalahan kepada orang lain sebagaimana disebutkan di atas. Selain dari rumusan Al-Qur'an, asas praduga tak bersalah juga didasarkan pada hadits Nabi Muhammad saw yang berbunyi "hindarkan bagi muslim hukuman hudud kapan saja kamu dapat dan bila ada jalan untuk bebas bebaskanlah ia, karena sesungguhnya keliru dalam memaafkan/membebasikan lebih baik daripada

¹²⁹ Eksistensi adagium ini sebagai asas praduga tak bersalah terlihat pada Pasal 8 ayat (1) UU No.48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan penjelasan umum angka 3 huruf c UU No. 8/1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHP). Lihat M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Pustaka Kartini, 1993, hlm. 38-41.

¹³⁰ Nagaty Sanad, *op.cit.*, hlm. 72.

salah/keliru dalam menghukum”¹³¹. Inilah substansinya, pidana Islam mencari dan menghendaki kebenaran materil yang tidak ada keraguan sedikit pun (menghendaki keyakinan tinggi).

Kebenaran materil (*materilwarheijd*) yang dicari dalam hukum pidana Islam, benar-benar diutamakan dengan kemestian menemukan bukti-bukti yang dapat meyakinkan secara nyata, karena sedikit saja ada hal yang menyebabkan keraguan maka putusan dapat batal demi hukum¹³². Keraguan akan timbul antara lain karena kurangnya bukti-bukti, kurang terpenuhinya kualitas unsur tindak pidana. Keraguan tersebut, dalam perbuatan pidana *hudud* dan *qishash-Diyat*, mengakibatkan batalnya putusan pidana. Namun demikian, hakim memiliki kewenangan untuk menggantinya dengan menjatuhkan hukuman *ta'zir* bagi terdakwa¹³³.

2.3 Perbuatan pidana dalam Hukum Islam (*jarimah/strafbaarfeit/delict*)

Perbuatan pidana atau delik dalam hukum islam dikenal dengan istilah *jarimah*. *Jarimah*¹³⁴ dari segi bahasa berarti berbuat dosa atau kesalahan¹³⁵, atau setiap perbuatan tercela yang diharamkan atau dilarang¹³⁶. Dari pengertian ini

¹³¹ At-Tirmizi, *Sunan at-Tirmizi*, Jilid IV, Dar al Bab al Halabi, Beirut, Mesir, 1963, hlm.33, Hadits ini juga dikutip oleh Mahmud Syaltut, *Islam Aqidah dan Syariah*, Jilid II, Pustaka Amani, Jakarta, hlm. 146.

¹³² Putusan yang dijatuhkan harus dilakukan dengan keyakinan tanpa adanya keraguan. Keraguan yaitu segala hal yang kelihatan seperti sesuatu yang terbukti padahal kenyataannya tidak terbukti, segala hal yang dianggap tetap tetapi tidak demikian atau segala sesuatu yang sah menurut hukum yang secara konkrit muncul tetapi tidak pasti kebenarannya. Misalnya, dalam pencurian, ada persangkaan pencuri juga memiliki harta itu, lihat Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hlm. 254-261.

¹³³ Abdullah Ahmad An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, penerjemah Ahmad Syuedi, LKIS, Yogyakarta, 2001, hlm. 200.

¹³⁴ *Jarimah* merupakan sebutan/istilah dalam hukum pidana Islam, sinonim perbuatan pidana atau delik atau perbuatan pidana (*strafbaarfeit*). Misalnya kejahatan kesusilaan dan pencurian. Sedangkan pidana/hukuman (*straf/sentence*) dalam bahasa Arab disebut *'Uqubah* yang berarti ganjaran sesuai dengan apa yang dilakukannya, Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 136.

¹³⁵ Idrus Al Kaf, *op.cit.* hlm. 187.

¹³⁶ Sayid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Dar al Fikr, Beirut, 1980, hlm. 507.

dapat dikemukakan bahwa *jarimah* adalah perbuatan yang menyimpang dari kebenaran, keadilan dan agama baik dalam bentuk kesalahan (aspek dunia) atau dosa (aspek akhirat).

Secara terminology, *jarimah* adalah perbuatan yang dilarang oleh syara' dan diancam dengan hukuman *had* atau *ta'zir*¹³⁷. Larangan syara' tersebut berkaitan dengan sikap tindak dalam berbuat atau tidak berbuat (melakukan atau tidak melakukan) yang berhubungan dengan agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.

Terminology di atas hanya mengemukakan larangan dan ancaman pidana, sehingga yang terlihat hanyalah hubungan antara larangan dan ancaman pidananya belum terlihat kepada siapa ancaman ditujukan. Dengan sikap *husnudzon* (baik sangka) perlu dikemukakan bahwa *jarimah* adalah perbuatan yang dilarang oleh syara' (aturan hukum) dan disertai ancaman pidana bagi *mukallaf* yang melanggar larangan tersebut.

Antara larangan dan ancaman pidana dengan kejadian/peristiwa dan pelaku terdapat hubungan erat yang tidak dapat dipisahkan. Suatu kejadian / peristiwa tidak dapat dilarang / diancam pidana jika pelaku bukan *mukallaf*, dan *mukallaf* tidak dapat diancam jika tidak menimbulkan kejadian/peristiwa pidana. *Mukallaf* artinya orang yang memahami dan sanggup menerima beban (orang yang cakap dan dapat dipertanggungjawabkan).

Al-Qur'an dan *As-Sunnah*/Hadits sebagai sumber utama hukum pidana Islam telah memberikan pedoman siapa yang dapat disebut *mukallaf*. Al-Qur'an Surat An-Nahl (16) ayat 106 menyatakan "kecuali orang yang dipaksa sedangkan

¹³⁷ Abu Al Hasan Ali Al-Mawardi, *op.cit.*, 219.

hatinya masih tetap iman”¹³⁸; dan Al-Sunnah/Hadits Nabi Muhammad saw yang menyebutkan, “dihapuskan ketetapan syara’ dari tiga hal yaitu dari orang tidur sampai ia bangun, dari orang gila sampai ia sembuh, dari anak kecil sampai ia dewasa”¹³⁹. Tidak ada paksaan artinya perbuatan dilakukan secara sadar atas kemauan sendiri pelaku; terjaga /bukan orang tidur artinya tidak mengigau, waras/bukan orang gila dan dewasa/ bukan anak di bawah umur menjadi syarat adanya kesalahan/pertanggungjawaban.

Dari ketentuan-ketentuan tersebut dapat dikemukakan bahwa selaras dengan konsep cakap dan bertanggungjawab dalam hukum pidana modern, yang dimaksud *mukallaf* adalah orang yang memenuhi syarat cakap yaitu dewasa, sehat akal, tidak dalam pengaruh ancaman atau paksaan. Dengan demikian mukallaf dianggap memahami hukum dan menerima beban pertanggungjawaban. Tentang sejauh mana seorang *mukallaf* memahami hukum, ushul fiqh menggariskan bahwa pengetahuan mukallaf tentang hukum tidak diartikan sebagai hafal teksbook aturan, nash atau hadits, melainkan cukup berdasarkan asumsi bahwa yang bersangkutan dianggap mengetahui karena termasuk *mukallaf*¹⁴⁰. Dari uraian tersebut, ada dua syarat untuk dapat disebut *jarimah*, adalah:

1. Syarat yang berkaitan dengan pelaku, yaitu pelaku harus dewasa, sehat akal, sehingga mampu mengetahui perbuatan dan akibatnya; pelaku melakukan atas kemauannya sendiri tidak karena ancaman atau paksaan.

¹³⁸ Lihat selengkapnya Yayasan Penyelenggara Penerjemah AlQur'an, *op.cit.*, hlm. 418.

¹³⁹ Hadits disampaikan dari Aisyah r.a. dan diriwayatkan oleh Imam Ahmad dan Abu Daud, lihat At-Tirmizi, *loc.cit.*, lihat juga Jalaluddin As Sayuthi, *Al Jami' Ash Shagir*, Juz II, Dar Al Fikr, Beirut, t.t. hlm. 24.

¹⁴⁰ Abdul Wahab Khalaf, *op.cit.*, hlm. 203-207.

2. Syarat yang berkaitan dengan perbuatan, yaitu perbuatan ini mungkin sanggup dikerjakan atau ditinggalkan yang berkaitan dengan agama, jiwa akal, keturunan dan harta; perbuatan harus dilarang dan diancam pidana.

Syarat-syarat *jarimah* tersebut tidak jauh beda dengan syarat-syarat adanya perbuatan pidana dalam sistem hukum lain. Dalam sistem *Common law* misalnya Inggris, setiap orang yang melakukan pelanggaran undang-undang pidana harus memenuhi unsur, yaitu tertuduh telah melakukan perbuatan yang dituduhkan (*actus reus*)¹⁴¹, dan tertuduh melakukan pelanggaran itu disertai dengan niat jahat (*means rea*)¹⁴². Sementara dalam sistem *civil law* misalnya Belanda, setiap perbuatan pidana pada prinsipnya harus memenuhi unsur, yaitu *conduct*/tindakan dan keadaan yang relevan menyertainya (*relevance circumstance*). Bagi hukum pidana Belanda, unsur *means rea* atau sikap batin pelaku merupakan unsur terpenting, dan setiap rumusan tindak pidana, dibedakan antara unsur *intens*¹⁴³ dan unsur *guilt*.

¹⁴¹ Menurut hukum pidana Inggris, *actus reus* mengandung prinsip sebagai berikut :

- a. Perbuatan yang dituduhkan harus secara langsung dilakukan tertuduh (*the conduct of the accused person*). Pada prinsipnya seseorang tak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan orang lain, kecuali ia membujuk orang lain melakukan pelanggaran undang-undanhg atau memiliki tujuan yang sama dengan pelaku.
- b. Perbuatan yang dituduhkan harus dilakukan tertuduh dengan sukarela tanpa ada paksaan pihak lain. Atau perbuatan dan akibatnya memang dikehendaki oleh tertuduh.
- c. Ketidaktahuann akan undang-undang yang berlaku bukan merupakan alasan pemaaf yang dapat dipertanggungjawabkan.

¹⁴² *Means rea* atau *guilty or wicked mind*, harus memenuhi unsur-unsur berikut:

- a. *Intentions / purposely*, yaitu kesengajaan, artinya seorang tertuduh menyadari perbuatan dan menghendaki akibatnya.
- b. *Recklessnes*, yaitu kesembronoan/lalai, artinya bahwa tertuduh sudah dapat memperkirakan atau menduga sebelum perbuatan dilakukan tentang akibat yang akan terjadi, akan tetapi sesungguhnya tertuduh tidak menghendaki akibat itu terjadi.
- c. *Negligence*, tertuduh tidak menduga akibat yang akan terjadi, akan tetapi undang-undang mensyaratkan bahwa ada akibat yang akan terjadi pada perbuatan tersebut.

¹⁴³ Menurut hukum pidana Belanda, tidak setiap *intent* atau *opzet* mengandung arti melawan hukum. *Intent* dikaitkan dengan :

Konsep pertanggungjawaban pidana di Inggris, pada prinsipnya sama dengan di Belanda, yaitu harus memenuhi empat unsur, yaitu adanya tindakan pelaku (*commission* atau *omission*); memenuhi rumusan delik dalam undang-undang; tindakan tersebut melawan hukum (*unlawful*); dan pelaku harus dapat dipertanggungjawabkan. Dengan demikian, pada prinsipnya konsep perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana dalam kedua sistem hukum itu sama dengan pertanggungjawaban dalam hukum pidana Islam.

Perbuatan pidana/delik/tindak pidana (*Jarimah*) dalam hukum pidana Islam dapat diklasifikasikan ke dalam tiga jenis, yaitu *hudud*, *qishash-Diyat/jinayat* dan *ta'zir*¹⁴⁴.

- a. *Jarimah hudud*, (*hudud* adalah jamak dari kata *had*). Secara harfiah *had* berarti batasan atau definisi, siksaan, ketentuan atau hukum¹⁴⁵. Menurut istilah, *had* adalah ketentuam hukuman yang telah ditentukan oleh syara' dan merupakan hak Allah¹⁴⁶. Sekalipun merupakan hak Allah (*haqqullah*) namun asfek kemanfaatannya kembali kepada umat manusia secara keseluruhan tidak khusus

a. *Conduct* / perbuatan, yang artinya merupakan perwujudan dari keinginan atau kehendak pelaku.

b. *Results*/ akibat, bahwa seorang pelaku akan mempunyai kehendak dapat dilihat dari perbuatannya.

c. *Circumstances*/ keadaan yang menyertainya, bahwa pelaku perbuatan pidana menyadari sepenuhnya keadaan yang menyertainya tersebut.

¹⁴⁴ Walaupun Al-Qura'an dan As-Sunnah tidak mengelompokan perbuatan pidana ke dalam tiga jenis, namun para *fuqaha* / ahli hukum Islam mengelompokannya ke dalam beberapa kategori antara lain dari segi sanksinya, cara melakukan, dan lainya yang pada intinya hampir sama dengan klasifikasi delik dalam hukum pidana positif dengan beberapa perbedaan tertentu. Pembagian/klasifikasi perbuatan pidana (*jarimah*) di sini ditinjau dari segi sanksinya, inilah yang paling penting dan paling banyak dibahas oleh para (*fuqaha*) ahli hukum Islam. *Hudud* dan *qishash-Diyat* merupakan hak Allah yang telah ditetapkan dalam Al-Quran dan As Sunnah sehingga sifatnya tetap tidak bertambah atau berkurang, sementara *Ta'zir* merupakan kewenangan Negara sesuai kebutuhan dan perkembangannya untuk menentukan perbuatan pidana dan sanksinya (*kriminalisasi-dekriminalisasi/penalisasi-depenalisasi*), sehingga sifatnya berkembang sesuai politik hukumnya. Lihat Sayid Sabiq, *op.cit.*, hlm. 355. lihat juga Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hlm. 90-123.

¹⁴⁵ Arif Furqan, *op.cit.*, hlm. 314.

¹⁴⁶ Abdul Qadir Audah, *ibid.*, 609.

bagi individu¹⁴⁷. *Jarimah Hudud* adalah jarimah yang diancam dengan hukuman *had*, yaitu perbuatan pidana yang jenis perbuatan dan ancaman pidananya telah ditetapkan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah*. Bentuk-bentuk perbuatan pidana *hudud* ada tujuh macam yaitu:¹⁴⁸

- 1) zina,
 - 2) menuduh palsu zinah (*qadzaf*),
 - 3) minum yang memabukan (*shirbul khamr*),
 - 4) pencurian (*sariqa*),
 - 5) perampokan (*hirabah*),
 - 6) murtad (*riddah*), dan
 - 7) pemberontakan (*al-baghyu*).
- b. *Jarimah qishash-Diyat* atau *jinayat*, adalah perbuatan pidana yang diancam dengan pidana *qhisash* dan *Diyat*. *Qishash* dan *Diyat* adalah sanksi pidana yang ditetapkan oleh *syara'* sebagaimana *hudud*. Perbedaannya adalah bahwa *hudud* merupakan hak Allah yang sifatnya tetap tidak dapat diganti dan tidak ada pemaafan, sedangkan *qhisash* dan *Diyat* merupakan hak manusia (individu)¹⁴⁹ yang sifatnya relative dapat diganti jika ada pemaafan dari korban atau keluarga korban/ahli warisnya. *Jarimah qishash-Diyat/jinayat* adalah perbuatan pidana yang pertanggungjawaban atau sanksi pidananya diserahkan kepada manusia untuk memilih sanksi pidana. Artinya bahwa

¹⁴⁷ Mahmud Syaltut, *op.cit.* Jilid I, hlm. 427.

¹⁴⁸ Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hlm. 79.

¹⁴⁹ Hak manusia dalam menentukan jenis saknsi pidananya karena menyangkut ha-hal yang aspek kemanfaatannya khusus bertalian dengan individu tertentu atau kembali kepada orang tertentu/korban (tidak langsung masyarakat luas). Dalam kasus *jinayat*, pihak korban (korban atau ahli warisnya) dapat meminta/menuntut bentuk pidana (*qishash* ataukah *Diyat*) yang akan dijatuhkan terhadap pelaku atau pihak korban ikhlas memaafkan pelaku tanpa tuntutan apapun. Jika pihak korban memaafkan pelaku tanpa tuntutan apapun, maka Negara berwenang menjatuhkan pidana *ta'zir*. Lihat Mahmud Syaltut, *loc.cit.*

seseorang yang menjadi korban suatu perbuatan pidana atau keluarga korban/ahli warisnya diberi wewenang oleh *syara'*¹⁵⁰ untuk memilih dan menentukan sanksi pidana dari beberapa ancaman pidana yang ditetapkan *syara'*, yaitu *qishash* atau *Diyat*, namun lebih dianjurkan untuk memaafkan si pelaku. Hal ini berkaitan dengan hak manusia untuk saling memaafkan (hak adami/manusiawi), dan mulialah orang yang memaafkan saudaranya. Jadi, dalam kasus *jarimah qishash/jinayah*, si korban atau ahli warisnya dapat menentukan pidana berupa *qishash*, atau memaafkan pelaku/meniadakan *qishash* dan diganti dengan *Diyat*, atau ikhlas/sukarela memaafkan pelaku sama sekali tanpa tuntutan *Diyat*. Perbuatan pidana *qishash-Diyat/jinayah* ini hanya ada dua macam yaitu pembunuhan (*al qatlu*) dan penganiayaan (*al jirah*)¹⁵¹. Bila diperluas maka menjadi lima macam, yaitu:¹⁵²

- 1) Pembunuhan sengaja (*al qatlu al'amd*);
- 2) Pembunuhan tidak sengaja (*al qatlu al khata*);
- 3) Pembunuhan menyerupai sengaja (*al qatlu syibhul 'amd*);
- 4) Penganiayaan sengaja (*al jirah al'amd*); dan
- 5) Penganiayaan tidak sengaja (*al jirah al khata*).

c. *Jarimah ta'zir*, adalah perbuatan pidana selain *jarimah* yang telah ditetapkan *syara'* (*hudud* dan *qishash-Diyat*) dan diancam dengan pidana ta'zir, atau perbuatan pidana yang tidak memenuhi syarat-syarat sebagai *jarimah hudud* dan *qishash-Diyat*. Kata *ta'zir* menurut bahasa berasal dari kata *azzara* yang sepadan dengan kata *al rad wa al man'u* yang artinya menolak dan mencegah,

¹⁵⁰ Lihat QS. Al Isra / 17 ayat 33.

¹⁵¹ Sayid sabiq, *op.cit.*, hlm. 516. Demikian juga Ibnu Rusyd, *Al-Qurthuby*, hlm. 395 dalam Arif Furqan, *op.cit.*, hlm. 340. Topo Santoso menyebutnya sebagai *crimes against persons*, Topo Santoso, *op.cit.*, 23.

¹⁵² Abdul Qadir Audah, *loc.cit.* Lihat juga Nagaty sanad, *op.cit.* hlm. 61.

dan kata *alta'dzib* yang artinya mendidik¹⁵³. Pengertiannya adalah pidana yang dimaksudkan untuk mencegah pelaku mengulangi perbuatan pidana, untuk mendidik dan memperbaiki pelaku supaya sadar kemudian menghentikan dan meninggalkannya. Menurut istilah *ta'zir* adalah hukuman yang bersifat pendidikan atas perbuatan pidana /maksiat yang hukumannya tidak ditetapkan syara' sebagai *hudud*¹⁵⁴. Karena tidak ditetapkan oleh syara' maka bentuk perbuatan pidana kategori *ta'zir* ditentukan oleh kebijakan hukum pidana suatu Negara. Dengan kata lain, *jarimah ta'zir* didasarkan pada *ijma'* (politik hukum pidana / politik criminal) Negara melakukan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Perbuatan mana harus yang tidak pantas, menimbulkan kerugian/kerusakan fisik, sosial, politik, finansial dan moral publik¹⁵⁵. Berdasarkan uraian tersebut, perbuatan pidana dan ancaman pidana yang terdapat dalam hukum pidana positif *ius konstitutum* (KUHP dan perundang-undangan pidana di luar KUHP) termasuk RKUHP (*ius constituendum*) dapat dikualifikasi sepadan dengan *jarimah ta'zir*.

2.4 Bentuk Sanksi Pidana dalam Hukum Islam.

Syari'at/hukum Islam, secara umum melarang melakukan perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan syara', baik perbuatan itu termasuk kategori perbuatan pidana (*jarimah*) atau bukan tindak pidana. Setiap perbuatan yang bertentangan dengan syara' baik perbuatan pidana atau bukan, diancam dengan ganjaran negative yakni ancaman sanksi di dunia dan di akhirat (*uqubah*).

¹⁵³ Lihat Ali Mutahar, *Kamus Arab-Indonesia*, Ikrar Mandiri Abadi, Jakarta, 2005, hlm.42, 752, dan 1128.

¹⁵⁴ Abu Al Hasan Ali Al-Mawardi, *loc.cit.*

¹⁵⁵ Nagaty Sanad, *op.cit.*, hlm. 63. Lihat juga tentang kriminalisasi dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori...*, *op.cit.*, hlm. 148-163.

Orang yang melakukan perbuatan tersebut akan mendapat ganjaran negative / sanksi / *uqubah* itu. Jika di dunia pelaku dapat menghindarkan diri dari sanksi namun di akhirat pasti mendapatkannya. Mengenai bentuk sanksi (*uqubah*) di dunia yang diancamkan terhadap pelaku tindak pidana, Al-Qur'an dan *As-Sunnah* telah menjelaskan secara umum sebagai pedoman penyelenggara Negara melaksanakan kekuasaan dan kewenangannya di bidang peradilan pidana.

Pidana adalah hukuman duniawi yang ditetapkan syara' untuk memelihara kepentingan masyarakat, karena adanya pelanggaran atas ketentuan-ketentuan syara'¹⁵⁶. Pengaturan dan penggunaan pidana dalam Islam dilakukan dengan dua cara, pertama menetapkan pidana berdasarkan *nash qat'i* (berlaku dalam *hudud* dan *qishash-Diyat*) dan kedua menyerahkan penetapannya kepada Negara (*ulil amri-qadli/hakim*) berdasarkan *nash zhanni* (berlaku dalam *ta'zir*). Bentuk-bentuk pidana (*'uqubah*) dalam Islam dikualifikasi sesuai perbuatan pidana (*jarimah*) yaitu: *hudud, qishash-Diyat, kiffarat dan ta'zir*¹⁵⁷.

Dalam *Al-Qur'an*, terdapat kurang lebih tujuh ayat yang secara langsung berkaitan dengan bentuk-bentuk pidana yang harus dilaksanakan oleh Negara terhadap pelaku yang melanggar ketentuan dalam ayat tersebut. Ayat-ayat tersebut adalah sebagai berikut:¹⁵⁸

1) Q.S. Al-Baqarah / 2 : 178, yang artinya:

"Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah

¹⁵⁶ Abdul Qadir Audah, *Al-Tasyri' Al-Jina'iy Al-Islamiy*, Juz I, Dar Al Kitab Al-Arabiyy, Beirut, t.t., hlm. 609.

¹⁵⁷ lihat Abdurrahman Al-Maliki, *Sistem Sanksi dan Hukum Pembuktian dalam Islam*, Pustaka Thariqul Izzah, Bogor, 2004, hlm. 12. Lihat juga Abdul Qadir Audah, *loc.cit*.

¹⁵⁸ Terjemahan / arti ayat-ayat di bawah ini diambil dari *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur'an Departemen Agama RI, Karya Toha Putra, Semarang, 1995.

(yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih”.

Dari ayat di atas, dapat ditarik beberapa pengertian, antara lain:

- a. Adalah wajib, penetapan qishash sebagai bentuk pidana dalam perbuatan pidana pembunuhan (biasa).
- b. Pelaksanaan pidana qishash dapat ditiadakan apabila pelaku dimaafkan oleh keluarga korban.
- c. Jika pelaku mengulangi perbuatan pidana setelah dimaafkan maka ia mendapat hukuman berat.

2) Q.S. An-Nisaa / 4 : 92, yang artinya:

“Dan tidak layak bagi seorang mukmin membunuh seorang mukmin (yang lain), kecuali karena tersalah (tidak sengaja) dan barangsiapa membunuh seorang mukmin karena tersalah (hendaklah) ia memerdekakan seorang hamba sahaya yang beriman serta membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh itu), kecuali jika mereka (keluarga terbunuh) bersedekah. Jika ia (si terbunuh) dari kaum (kafir) yang ada perjanjian (damai) antara mereka dengan kamu, maka (hendaklah si pembunuh) membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh) serta memerdekakan hamba sahaya yang beriman. Barangsiapa yang tidak memperolehnya, maka hendaklah ia (si pembunuh) berpuasa dua bulan berturut-turut untuk penerimaan taubat dari pada Allah. Dan adalah Allah Maha Mengetahui lagi Maha Bijaksana.”

Dari ayat tersebut di atas dapat ditarik pengertian sebagai berikut:

- a. Ini termasuk perbuatan pidana pembunuhan karena kelalaian/tanpa sengaja, yang korbanya yaitu mukmin, orang yang beriman tetapi sedang bermusuhan, orang kafir zimmi/non muslim.

- b. Bentuk pidana yang diancamkan terdiri dari memerdekakan seorang hamba yang mukmin dan atau membayar *Diyat*, puasa dua bulan berturut-turut.
- c. Jika korban mukmin, pidananya adalah memerdekakan hamba sahaya mukmin dan membayar *Diyat*; jika korban musuh, pidananya adalah memerdekakan seorang hamba sahaya; jika korban non muslim, pidananya adalah *Diyat*, memerdekakan hamba sahaya mukmin, dan puasa dua bulan berturut-turut;
- d. Pelaksanaan pidana tersebut dapat ditiadakan jika pelaku mendapat maaf dari keluarga korban, dan diganti dengan mengeluarkan sedekah (*kiffarat*).
- e. Ketentuan pidana tersebut di atas, jelaslah menunjukkan bahwa syari'at Islam khususnya hukum pidana Islam sangat menghormati dan melindungi hak hidup orang non muslim bahkan melebihi perlindungan yang diberikan *Al-Qur'an* kepada kaum muslimin sendiri. Hal ini terlihat dari bentuk pidana yang diancamkan terhadap pelaku pembunuhan yang korbannya non muslim lebih berat dibandingkan dengan ancaman pidana yang korbannya mukmin/muslim sekalipun.

3) Q.S. Al-Maidah / 5 : 33, yang artinya :

“Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan Rasul-Nya dan membuat kerusakan di muka bumi, hanyalah mereka dibunuh atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki mereka dengan bertimbal balik, atau dibuang dari negeri (tempat kediamannya). Yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka didunia, dan di akhirat mereka beroleh siksaan yang besar.”

Dari ayat ini, dapat ditarik pengertian sebagai berikut:

- a. Perbuatan pidana disini disebut dengan istilah *muharabah/hirabah*, yaitu memerangi Allah dan Rasul-Nya, atau membuat kerusuhan di masyarakat.
- b. Jenis pidana ada empat yang diancamkan secara alternative, yaitu pidana mati, atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki secara timbal balik, atau pidana hilang kemerdekaan (dibuang/diasingkan dari negeri kediaman).
- c. Jenis pidana tersebut sebagai balasan kehinaan di dunia, dan di akhirat nanti beroleh siksaan yang amat dahsyat.

4) Q.S. Al-Maidah / 5 : 38, artinya :

“Laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.”

Dari ayat di atas, dapat diketahui bahwa :

- a. Jenis pidana untuk perbuatan pidana pencurian adalah potong tangan.
- b. Pidana tersebut ditetapkan sebagai resiko/akibat/balasan atas perbuatannya dan siksaan dari Allah.
- c. Perbuatan pidana pencurian bagaimana yang diancam potong tangan tidak ada keterangan dalam ayat ini, karena itu kita dapat melihatnya dalam *As-Sunnah*/hadits (akan diuraikan kemudian).

5) Q.S. Al-Maidah / 5 : 45, artinya :

“Dan Kami telah tetapkan terhadap mereka di dalamnya (At-Taurat) bahwasanya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka luka (pun) ada kisasnya. Barangsiapa yang melepaskan (hak qishash) nya, maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya. Barangsiapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka itu adalah orang-orang yang zalim.”

Dari ayat ini, dapat diketahui bahwa :

- a. Pidana qishash telah dikenal pada kaum yahudi dengan ditetapkannya dalam kitab Taurat yang diturunkan kepada abi Musa AS.
- b. pidana qishash adalah balasan yang setimpal sesuai dengan perbuatan dan derita yang di alami korban. Misalnya luka hidung qishashnya luka hidung, mata dengan mata, jiwa dengan jiwa.
- c. Qishash merupakan hak korban dan atau keluarga korban, namun secara moral korban / keluarganya dianjurkan untuk memberikan maaf kepada pelaku.

6) QS. An Nuur / 24 : 2, yang artinya :

“Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus dali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman.”

Dari ayat di atas, dapat diketahui bahwa Perbuatan pidana zina diancam dengan pidana jilid/dera sebanyak seratus kali, baik yang laki-laki maupun perempuan. Pelaksanaan pidana dera disaksikan masyarakat mukmin.

7) Q.S. An-Nuur / 24 : 4, yang artinya :

“Dan orang-orang yang menuduh wanita-wanita yang baik-baik (berbuat zina) dan mereka tidak mendatangkan empat orang saksi, maka deralah mereka (yang menuduh itu) delapan puluh kali dera, dan janganlah kamu terima kesaksian mereka buat selama-lamanya. Dan mereka itulah orang-orang yang fasik.”

Dari kutipan ayat di atas, dapat diketahui bahwa:

- a. Menuduh wanita berbuat zina tanpa alat-alat bukti yang kuat sangat dilarang dan dikategorikan sebagai perbuatan pidana tuduhan palsu zina yang diancam pidana jilid/dera delapan puluh kali deraan.
- b. Akibat hukum pelaku perbuatan pidana tuduhan palsu zina, ia dianggap saksi palsu dan tidak dapat menjadi saksi lagi. Kecuali yang bersangkutan bertobat dan memperbaiki diri, maka sesungguhnya Allah Maha Pengampun dan Maha Penyayang (QS. An Nuur /24 : 5)

Berdasarkan ketujuh ayat tersebut di atas, dapat diketahui bahwa bentuk-bentuk / jenis-jenis pidana yang disebutkan secara tegas dalam *Al-Qur'an*, adalah terdiri dari :

- 1) Qishash atas jiwa (QS. 2 : 178 dan QS. 5 : 45)
- 2) Qishash atas anggota badan (QS. 5 : 45)
- 3) Pidana *Diyat*/ ganti rugi (QS. 2 : 178 dan QS. 4 : 92)
- 4) Pidana Mati (QS. 5 : 3)
- 5) Pidana Salib (QS. 5 : 33)
- 6) Pidana Potong tangan dan kaki (QS.5 : 33)
- 7) Pidana potong tangan dan atau kaki (QS. 5 : 38)
- 8) Pidana hilang kemerdekaan (QS. 5 : 33)
- 9) Pidana dera/cambuk (QS. 24 : 2, 4)
- 10) Kewajiban *kiffarat* (QS. 4 : 92) dan bentuk-bentuk pidana lain yang ditentukan Negara, jika terjadi perbuatan pidana yang tidak memenuhi syarat untuk dijatuhkannya bentuk pidana tersebut di atas.

Dalam *As-Sunnah* (hadits) sebagai sumber utama ke dua setelah *Al-Qur'an*, dapat ditemui beberapa bentuk pidana selain kesepuluh di atas. Oleh karena itu, perlu diteliti secara mendalam dan objektif bentuk-bentuk pidana berdasarkan praktek Rasulullah SAW, yang pengaturannya ditemukan dalam *As-Sunnah* (hadits Rasulullah saw atau atsar-atsar para sahabat). Berikut ini akan dikemukakan beberapa hadits yang berkaitan dengan bentuk-bentuk pidana¹⁵⁹, antara lain :

- 1) Dari Abu Hurairah, berkata, seorang laki-laki muslim datang kepada Rasulullah ketika sedang di mesjid. Laki-laki itu memanggil baginda Nabi, wahai Rasulullah, sungguh aku telah melakukan zina, Rasul berpaling dan menghadapkan wajahnya ke arah lain, kemudian lelaki itu berkata lagi, baginda saya telah berzina, lagi-lagi Rasul berpaling, sampai empat kali perihal itu berulang. Dan Rasul pun berkata, kamu gila..? lelaki itu menjawab tidak, rasul bertanya lagi sudah berumah tangga..? lelaki itu menjawab ya. Maka Rasulullah saw bersabda kepada para sahabatnya, bawalah ia pergi dan laksanakan rajam atas dirinya (garis bawah dari penulis).
- 2) Diriwayatkan dari Ibnu Abbas ra, sesungguhnya Nabi saw bertanya kepada Maiz bin Malik, benarkah berita yang sampai kepadaku bahwa kau telah berzina..? Maiz menjawab, benar ya Rasul, kemudian Maiz mengaku sampai empat kali. Akhirnya Rasulullah memerintahkan agar dilaksanakan hukuman rajam kepadanya.

¹⁵⁹ Kutipan hadits yang dijadikan rujukan di sini adalah hadits-hadits pilihan (sahih) yang diambil dan dapat dilihat dalam kitab Sahih Bukhari (Muhammad bin Ismail al Bukhary, *Sahih Bukhary*, juz 7, Maktabat al qafihi, Beirut, tt.), Sahih Muslim (Abu Husain Muslim bin al Hajjaj al Qusairy anNaisabury, *Sahih Muslim*, juz 3, Darl Kutb as Sunnah, Arabiah, tt.), Sunan Tirmizi, Nailul Authar, dan fiqh Islam, dapat juga dilihat dalam CD Holy Quran & Hadits, Kumpulan Hadits Riwayat Bukhari dan Muslim, 2002. Redaksi hadits diedit tanpa mengurangi arti dan maksud hadits.

- 3) Dari Abu Hurairah berkata bahwa Rasulullah bersabda jauhilah tujuh perkara yang akan membinasakan kamu, dilaknati Allah dan menyebabkan masuk neraka, yaitu mensekutukan Allah, melakukan sihir, membunuh manusia yang diharamkan Allah melainkan dengan hak, memakan harta anak yatim, memakan riba, lari dari medan perang dan memfitnah perempuan baik-baik melakukan zina.
- 4) Diriwayatkan dari Muslim dari Ubadah bin Samit, Nabi saw bersabda terimalah dariku! terimalah dariku! terimalah dariku! Allah telah memberi jalan kepada mereka. "Bujangan yang berzina dengan bujangan dijilid seratus kali dan diasingkan selama satu tahun; janda (telah kawin) yang zina dengan janda dijilid seratus kali dan dirajam dengan batu."
- 5) Diriwayatkan dari Aisyah, berkata kaum Quraisy merasa bingung karena wanita dari kabilah terpandang Makhzumiah telah mencuri, lalu Usamah menyampaikannya kepada Nabi saw, kemudian Nabi saw bersabda, jadi maksud kalian meminta keringanan dari salah satu hukum Allah, dengarlah wahai manusia, sesungguhnya yang menyebabkan binasa umat terdahulu adalah karena apabila mendapati orang terpandang/mulia mencuri mereka membiarkannya, tetapi bila orang kalangan lemah mencuri mereka menghukumnya. Demi Allah, sekiranya Fatimah binti Muhammad mencuri, niscaya aku yang akan memotong tangannya.
- 6) "Jejaka dan gadis hukumannya dera seratus kali dan pengasingan selama satu tahun, sedangkan janda dan duda hukumannya jilid seratus kali dan rajam" (HR. jama'ah kecuali Bukhari dan An-Nasa'i).¹⁶⁰

¹⁶⁰ Muhammad bin Ali Asy-Syaukani, *Nailul Authar*, Juz VII, Darul Fikri, Beirut, t.t. hlm. 249.

- 7) Dari Abu Hurairah berkata bahwa Rasulullah bersabda, Allah melaknat orang yang mencuri telur dan orang yang mencuri tali sehingga dipotong tangannya.
- 8) Dari Aisyah ra, berkata bahwa Rasulullah memotong tangan seorang yang mencuri harta yang senilai satu seperempat dinar.
- 9) Dari Anas bin Malik, berkata sesungguhnya seorang lelaki yang minum arak telah dihadapkan kepada Nabi saw, kemudian Nabi memukulnya dengan dua pelepah kurma sebanyak empat puluh kali.

Dari beberapa kutipan hadits di atas, selain bentuk pidana yang disebutkan dalam *Al-Qur'an*, terlihat juga ada bentuk pidana lain yakni pemukulan dan rajam, sebagai pengurangan dan pemberatan terhadap ketentuan pidana dalam ayat-ayat *Al-Qur'an*.

Keseluruhan bentuk pidana tersebut, jika dilihat dari segi objek atau sasaran dilaksanakannya pidana, maka dapat dikelompokkan menjadi:

- a. Pidana atas jiwa, misalnya pidana mati, rajam.
- b. Pidana atas anggota badan, misalnya potong tangan atau kaki.
- c. Pidana atas harta kekayaan, misalnya penyitaan harta benda, diyat.
- d. Pidana atas kemerdekaan, misalnya pidana penjara, pengasingan.
- e. Pidana atas kehormatan dan keimanan, misalnya pencabutan hak tertentu, teguran dan *kiffarat*.

Jika dilihat dari segi bentuk-bentuk perbuatan pidana / *jarimah*, bentuk-bentuk / jenis pidana tersebut dapat dikelompokkan menjadi:

- a. Pidana *hudud*, misalnya pidana mati/*qishash* dalam pembunuhan, potong tangan dalam pencurian, dera/cambuk atau rajam untuk zina.

- b. Pidana *qishash* dan *Diyat*. Misalnya pidana mati dalam pembunuhan atau *Diyat* dalam pembunuhan.
- c. Pidana *kiffarat*, misalnya puasa dua bulan berturut-turut.
- d. Pidana *ta'zir*, dapat berupa pidana mati (terberat), pidana penjara, dan pemukulan atau lainnya.

Jika dilihat dari segi hubungan antara bentuk-bentuk pidana satu dengan yang lainnya, maka bentuk pidana dapat dikelompokkan menjadi:

- a. Pidana pokok, bentuk pidana yang asal dari suatu kejahatan, seperti pidana mati (*qishash*) bagi pembunuh.
- b. Pidana pengganti, bentuk pidana yang menempati tempat pidana pokok jika pidana pokok tidak dapat dilaksanakan karena alasan hukum, seperti *Diyat* bagi pembunuh yang dimaafkan keluarga korban.
- c. Pidana tambahan, pidana yang mengikuti pidana pokok, misalnya pencabutan hak waris dalam kasus pembunuhan.

Apabila dilihat dari segi dalil/dasar hukum/ketentuan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah*, maka bentuk pidana dapat dikelompokkan menjadi:

- a. Bentuk pidana yang ada nashnya, yaitu *hudud*, *qishash*, *Diyat*, dan *kiffarat*.
- b. Bentuk pidana yang tidak ada nashnya, yaitu *ta'zir*.

Dari uraian tersebut di atas, dapatlah dikemukakan bahwa berdasarkan pada Al-Qur'an dan Al-Sunnah, bentuk-bentuk pidana dalam sumber hukum Islam, secara garis besar dapat dikelompokkan menjadi dua, yaitu:

- a. *Had* (*hudud* -jamak), adalah bentuk pidana untuk perbuatan pidana *hudud* dan *jinayah*, yaitu :

- 1) *hudud* (*uqubah al had*), terdiri dari pidana mati, pidana salib, pidana amputasi tangan dan kaki secara timbal balik, pidana amputasi tangan dan atau kaki, pidana cambuk/dera, pidana penjara (pengasingan / *taghrib*), rajam, dan penyitaan harta;¹⁶¹
 - 2) *qishash* dan *Diyat*; (*uqubah al qishash wal Diyat*);
 - 3) *kiffarat*¹⁶² terdiri dari memerdekakan seorang budak/hamba yang mukmin atau puasa dua bulan berturut-turut;
- b. *Ta'zir* (*uqubah al ta'zier*), ditentukan oleh Negara sebagai kebijakan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan, maksudnya bentuk pidana untuk perbuatan pidana yang tidak disebutkan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* dan ketentuannya tidak bertentangan dengan *Al-Qur'an* dan *As-Sunnah*. Bentuk pidana *ta'zir* dapat berupa pidana mati dan jilid (*ta'zir* atas jiwa/badan); penjara (*ta'zir* atas kemerdekaan); denda, penyitaan harta (*ta'zir* atas harta kekayaan); dan bentuk sanksi lain yang ditentukan uuil amri (kekuasaan Negara) demi kemaslahatan umum.

Hudud yaitu pidana yang ditetapkan atas perbuatan pidana tertentu (*jarimah-jarimah hudud*) yang secara nomatif dogmatic tegas didasarkan pada firman Allah (*haqqullah*). Perbuatan pidana / *jarimah* kualifikasi *hudud* terdiri dari tujuh macam dan jenis pidananya, yaitu:¹⁶³

¹⁶¹ Pada dasarnya bentuk pidana yang disebut sebagai pidana *hadd* dalam Al-Qur'an itulah yang dapat dikatakan sebagai bentuk orisinil pidana Islam yang murni bersifat pidana (public), sedangkan bentuk pidana *had* lainnya yang diberlakukan atas dasar AlSunnah/hadits, hanya bersifat memperjelas, memperberat atau memperingan pelaksanaan pidana yang diterangkan dalam Al-Qur'an.

¹⁶² QS. An Nisaa / 4 : 92. Lihat juga Abdullah bin Muhammad bin Ahmad Ath-Thayyar, *Hukum Kafarat dalam Hukum Islam*, Pustaka Al-Sofwa, Jakarta, 2004, hlm. 53-62.

¹⁶³ Abdurrahman al Maliki & Ahmad ad Daur, *op.cit.*, hlm. 20-122. Lihat juga Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm. 144-

1. Zina, ancaman pidananya yaitu dera/jilid, pengasingan, atau rajam;
2. Qadzaf (menuduh palsu zina), ancaman pidananya yaitu dera/jilid dan pencabutan hak sebagai saksi;
3. Minum yang memabukan, ancaman pidananya dera/jilid;
4. Pencurian, ancaman pidananya yaitu amputasi tangan;
5. Perampokan, pengrusakan / gangguan keamanan, ancaman pidananya yaitu pidana mati, atau disalib, atau amputasi tangan dan kaki, atau hukuman pengasingan;
6. Murtad, ancaman pidananya yaitu pidana mati dan penyitaan harta benda;
7. Pemberontakan, ancaman pidananya yaitu pidana mati;

Qishash dan Diyat yaitu pidana yang ditetapkan atas *jarimah qhishash/jinayat* meliputi:

1. pembunuhan sengaja,
2. pembunuhan menyerupai sengaja,
3. pembunuhan karena kesalahan /tidak sengaja,
4. penganiayaan sengaja dan
5. penganiayaan karena kesalahan /tidak sengaja.

Ancaman pidana atas *jarimah qishash/jinayat* adalah *qishash, diyat, kiffarat* dan hilangnya hak waris dan hak wasiat. *Kiffarat* didasarkan pada firman Tuhan "barangsiapa membunuh seorang mukmin karena kesalahan, maka hendaklah memerdekakan seorang hamba sahaya beriman serta membayar *diyat* yang diserahkan kepada keluarga korban kecuali jika keluarga korban memberikannya sebagai sedekah. Jika korban dari musuh tetapi ia mukmin maka wajib atasnya membebaskan seorang hamba mukmin. Jika korban dari kaum kafir yang ada perjanjian damai maka wajib atasnya *Diyat* yang diserahkan kepada keluarganya

152. Lihat juga A. Djazuli, *Fiqh Jinayah, Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 40-120.

dan membebaskan seorang hamba sahaya mukmin, jika tidak ada maka wajib puasa dua bulan berturut-turut, begitulah cara taubat dari Allah. Dan adalah Allah Maha Mengetahui lagi Maha Bijaksana. (QS. An Nisaa /4 : 92).

Kiffarat merupakan hukuman berupa membebaskan seorang budak atau hamba sahaya yang mukmin atau puasa dua bulan berturut-turut. *Kiffarat* ditetapkan atas perbuatan pidana pembunuhan karena kelalaian (tidak sengaja) atau pembunuhan semi sengaja¹⁶⁴. Selain *kiffarat* dikenakan terhadap tindak pidana, *kiffarat* juga dikenakan terhadap perbuatan maksiat sebagai berikut:¹⁶⁵

- 1) pengrusakan puasa/melakukan hubungan suami istri siang hari bulan Ramadhan;
- 2) melanggar sumpah, misalnya sumpah atau nazar dengan sengaja tapi tidak melaksanakannya sesuai sumpah/nazar; sumpah suami tidak menggauli istri selama waktu tertentu tetapi ia melanggarnya(*ila*);
- 3) melanggar larangan dalam ibadah haji;
- 4) menggauli istri waktu haidh;
- 5) menggauli istri sesudah dhihar (mempersamakan istri dengan ibu kandung atau orang lain yang muhrim).

Adapun bentuk-bentuk *kiffarat* untuk perbuatan maksiat tersebut tidak sama jenis dan cara melaksanakannya. Bentuk *kiffarat* perbuatan tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Pembebasan hamba sahaya/membebasikan perbudakan, karena zaman sekarang tidak ada lagi hamba sahaya/budak maka dapat diganti dengan

¹⁶⁴ Sulaiman Rasyid, *Fiqh Islam*, cetakan ke-25, Sinar Baru, Bandung, 1992, hlm. 401. Zaman sekarang sudah tidak ada lagi perbudakan, jadi *kiffaratnya* berupa *Diyat* atau puasa dua bulan berturut-turut. Lihat Abdullah bin Muhammad bin Ahmad Ath-Thayyar, *Hukum Kafarat dalam Hukum Islam*, Pustaka Al-Sofwa, Jakarta, 2004, hlm. 53-62.

¹⁶⁵ Lihat lengkap Abdullah bin Muhammad bin Ahmad Ath-Thayyar, *ibid.*, hlm. 63-104.

sedekah seharga pembebasan hamba¹⁶⁶. Jenis kiffarat ini diwajibkan atas pembunuhan tidak sengaja, pengrusakan puasa, dan dhihar.

- b. Memberi makan dengan ukuran /standar makan yang cukup. Jenis ini diwajibkan atas Pelanggaran sumpah dan pengrusakan puasa. Pelanggaran sumpah kiffaratnya memberi makan sepuluh orang miskin, sedangkan pengrusakan puasa kiffaratnya member makan enam puluh orang miskin.
- c. Memberi pakaian, jenis ini khusus untuk pelanggaran sumpah, yakni member pakaian sepuluh orang miskin.
- d. Puasa, yang harus dilakukan oleh pelaku apabila tidak sanggup memenuhi kiffarat yang lain, jadi sifatnya sebagai pengganti kiffarat pokok. Kiffarat puasa wajib atas pelanggaran sumpah dan pembunuhan tidak sengaja. Pelanggaran sumpah wajib puasa selama tiga hari, sedangkan pembunuhan tidak sengaja wajib puasa dua bulan.

Dari uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa kiffarat adalah kewajiban agama/ syara' yang dibebankan kepada pelaku maksyiat/perbuatan pidana sebagai cara permohonan ampunan atas perbuatannya. Kiffarat yang diwajibkan atas perbuatan pidana adalah pembebasan budak dan puasa dua bulan. Bentuk perbuatan pidana yang wajib kiffarat yaitu pembunuhan tidak sengaja, pembunuhan semi sengaja, sementara untuk pembunuhan sengaja fuqaha berbeda pendapat antara wajib dan tidak wajib.

Adapun *ta'zir* adalah hukuman bagi orang yang berbuat kejahatan yang tidak memenuhi syarat-syarat untuk *hudud*, *qishash*, *Diyat* atau *kiffarat*¹⁶⁷, yaitu pidana yang bersifat pendidikan atas perbuatan pidana (dosa) yang ketentuannya

¹⁶⁶ A. Hanafi, op.cit., hlm. 324.

¹⁶⁷ Moch. Anwar, *Fiqh Islam, Hukum Perdata dan Pidana Islam*, Alma'arif, Bandung, 1980, hlm. 300.

tidak ditentukan oleh 'syara'. Pidana *ta'zir* ditetapkan untuk jarimah-jarimah *ta'zir*, bentuk perbuatan pidana dan ancaman pidananya tergantung kebijakan hukum pidana suatu negara¹⁶⁸. Bentuk dan landasan pidananya didasarkan pada *ijma'* (politik hukum pidana / politik criminal) Negara untuk melakukan kriminalisasi atas perbuatan yang tidak pantas, menimbulkan kerugian/kerusakan fisik, sosial, politik, financial dan moral public¹⁶⁹. Namun demikian, seluruh jenis pidana dari kategori hudud dapat juga menjadi pidana *ta'zir*, seperti pidana mati, jilid, penjara/pengasingan, denda, penyitaan harta dan sebagainya.

Maksud utama sanksi pidana *ta'zir* adalah sebagai sarana/alat mewujudkan fungsi preventif, refresif, kuratif dan edukatif. Atas dasar ini sanksi pidana *ta'zir* tidak boleh membawa kehancuran/bahaya¹⁷⁰. Sebagai fungsi preventif, sanksi pidana *ta'zir* harus memberikan dampak positif bagi masyarakat umum, sehingga anggota masyarakat lain tidak melakukan perbuatan yang sama dengan terpidana. Sebagai fungsi refresif, sanksi pidana *ta'zir* harus memberikan dampak positif bagi terpidana, sehingga ia tidak melakukan lagi tindak pidana. fungsi kuratif (*ishlah*), sanksi pidana *ta'zir* harus mampu membawa perbaikan sikap dan perilaku terpidana di masa mendatang. Fungsi edukatif, bahwa sanksi pidana *ta'zir* harus mampu menumbuhkan kesadaran hukum terpidana sehingga ia menjauhi perbuatan pidana bukan karena takut bentuk pidananya melainkan karena tidak senang atas kejahatan dan semata-mata mengharap ridha Allah SWT.

¹⁶⁸ Lihat Abul Hasan Ali Al Mawardi, *Al Ahkam As-Sulthaniyah*, Dar Al Fiqr, Beirut, 1966, hlm. 236.

¹⁶⁹ Nagaty Sanad, *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law : Saria*, Office of International Criminal Justice, Chicago, 1991, hlm. 63.

¹⁷⁰ A. Djazuli, *op.cit.*, hlm. 186.

2.5 Pemidanaan dalam Hukum Islam.

Sebagaimana kerangka konseptual, pemidanaan di sini dalam arti penerapan atau pelaksanaan pidana yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Pemidanaan dalam Islam merupakan konsep pelaksanaan pidana menurut hukum Islam. Sesuai dengan bentuk-bentuk pidana dalam Islam (*Al-Qur'an* dan *As-Sunnah*/hadits) tersebut, dapat dikemukakan bahwa pemidanaan dalam Islam meliputi pidana atas jiwa, pidana atas anggota badan, pidana atas harta dan pidana atas kemerdekaan. Keempat jenis pidana itu merupakan sanksi hukum pidana tetapi tidak murni bersifat pidana seperti yang dipahami dalam konsep hukum barat.

Dalam Islam mengenai sanksi hukum, terdapat dua keunikan, pertama berkaitan dengan sanksi agama; kedua sanksi hukum itu mengandung dua sifat yaitu pidana dan perdata¹⁷¹. Dalam pidana *qishash* dan *Diyat*, misalnya, hak korban untuk menuntut diterapkannya sanksi pidana sangat diperhatikan. Karena itu, konsep sanksi pidana dalam Islam selain mengandung sifat pidana, juga dianggap mengandung sifat perdata. Selain itu, sanksi hukum (pidana) dalam Islam bersifat religious yang mempunyai kaitan dengan sanksi agama seperti dapat dilihat dalam *kiffarat*. Pelaksanaan pidana (pemidanaan) dalam Islam dibagi menjadi tiga bagian, yakni *hudud*, *qishash* *Diyat* dan *ta'zir*.¹⁷²

Pemidanaan hudud.

Sebagaimana telah diuraikan bahwa kata *hudud* bentuk jamak dari *hadd*, secara etimologis berarti dinding atau sesuatu yang berada di antara dua benda/hal dan mencegah bergabungnya dua hal itu. Istilah ini kemudian

¹⁷¹ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995, hlm. 118.

¹⁷² Jimly Asshiddiqie, *ibid*.

digunakan dalam ilmu hukum untuk menyebut pengertian hukuman/pidana khususnya yang berkaitan dengan bentuk-bentuk kejahatan yang diterangkan secara jelas dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah (jarimah hudud)*.

Bentuk-bentuk pidana sebagaimana telah diuraikan terdiri dari pidana hudud, pidana qishash dan *Diyat*, dan pidana ta'zir. Pidana had/hudud merupakan pidana baru yang diperkenalkan Al-Qur'an, sementara pidana qishash dan *Diyat* meskipun diterangkan dalam Al-Qur'an namun sifatnya hanya meneruskan dan mereformasi tradisi sebelumnya¹⁷³. Sedangkan pidana *ta'zir* hanya diterangkan dalam *As-Sunnah* / hadits yang berkembang sebagai praktek sejarah sejak masa Nabi Muhammad SAW.

Para ahli hukum Islam (fuqaha) sepakat bahwa pelaksana (eksekutor) pidana hudud adalah penguasa Negara (imam) atau petugas yang diberi wewenang untuk itu sebagai wakil Negara. Hal ini sesuai dengan sifat hudud sebagai hak Allah untuk kepentingan masyarakat. Oleh karena pidana hudud merupakan hak Allah (hak masyarakat) maka pelaksanaannya harus diserahkan kepada penguasa Negara sebagai wakil masyarakat. Pelaksanaan pidana hudud memerlukan kesungguhan dan pertimbangan yang matang, syarat-syarat dan kriteria yang jelas sehingga terhindar dari ketidaktepatan atau berlebihan dari yang seharusnya, karenanya pelaksanaannya dilakukan penguasa Negara.

Penguasa Negara dapat menghadiri atau tidak menghadiri pelaksanaan pidana hudud. Kehadiran penguasa Negara dalam pelaksanaan pidana hudud tidak menjadi persyaratan, karena Rasul SAW tidak memandangnya sebagai suatu keharusan. Ketika Rasul SAW memerintahkan untuk merajam Ma'iz, ia sendiri

¹⁷³ Menurut Muhammad Abduh, pidana qishash merupakan tradisi Taurat yang diwahyukan kepada umat Yahudi melalui nabi Musa AS, sedangkan *Diyat* merupakan tradisi Injil yang diwahyukan kepada umat Nasrani melalui nabi Isa AS, lihat selengkapnya Hasbi Ashshiddieqy, *Al Islam*, jilid II, Bulan Bintang, Jakarta, 1977, hlm. 512-517.

tidak hadir di tempat saat eksekusi. Hanya saja persetujuan penguasa Negara untuk eksekusi pidana hudud hukumnya wajib. Secara historis, setiap kali ada pidana hudud akan dijalankan, baik pada masa Rasulullah SAW maupun pada masa khalifah-khalifah sesudahnya selalu dengan persetujuan mereka. Hal ini didasarkan pada sebuah hadits Nabi yang artinya "Empat hal diserahkan kepada penguasa Negara, yaitu pidana hudud, zakat, harta fai-i dan shalat jum'at"¹⁷⁴.

Pemidanaan *qishash* dan *Diyat*

Pada dasarnya pelaksanaan pidana berada di tangan penguasan Negara, termasuk pidana *qishash* dan *Diyat*. Akan tetapi untuk pidana *qishash* dan *Diyat* dalam jarimah *qishash* pelaksanaan pidananya diadakan pengecualian, yaitu dapat dilaksanakan oleh atau dengan sepengetahuan dan persetujuan korban atau keluarga korban (ahli waris). Pengecualian tersebut didasarkan pada firman Allah SWT yang artinya "... Dan barangsiapa yang dibunuh secara zalim, maka kami telah memberi kekuasaan kepada ahli warisnya (pen-untuk menqishash) tetapi janganlah melampaui batas" (QS. Al Isra/17:33).

Berdasarkan itu, ahli hukum Islam sepakat bahwa ahli waris korban dapat mengeksekusi pidana *qishash* dengan syarat harus dibawah pengawasan penguasa Negara. Jika *qishash* dilaksanakan oleh ahli warisnya tanpa kehadiran dan pengawasan penguasa Negara maka eksekusi *qishash* tetap sah, namun ahli waris itu dianggap melanggar hukum mengkhianati kekuasaan Negara dan ia dikenai pidana ta'zir¹⁷⁵. Oleh karena itu, untuk menghindari terjadinya eksekusi yang melebihi batas ketentuan, pelaksanaan pidana cukup oleh penguasa atau petugas Negara sementara ahli waris hanya menyaksikan atau memberi persetujuannya.

¹⁷⁴ Hadits diriwayatkan oleh Ath-Thahawi dari Muslim bin Yasar, lihat Sayid Sabiq, *op.cit.* hlm 308.

¹⁷⁵ Abdul Qadir Audah, *op.cit.*, hlm. 757. .

Mengenai alat yang digunakan untuk eksekusi pidana qishash, tidak ada kesepakatan diantara para ahli hukum Islam. Menurut imam Abu Hanifah dan Imam Ahmad bin Hanbal, alat yang digunakan dalam qishash atas jiwa adalah pedang, apapun alat yang digunakan pelaku delik. Ini sesuai dengan sabda Nabi SAW, "tidak ada pidana qishash kecuali dengan pedang". Sementara menurut imam Malik, Imam Syafi'i dan sebagian ulama pengikut Imam Ahmad bin Hanbal, alat yang digunakan eksekusi harus sama dengan alat yang digunakan pelaku dalam melakukan delik. Ini sesuai dengan firman Allah "barangsiapa menganiaya kamu, balaslah ia seperti waktu menganiaya" (QS. Al Baqarah / 2 ayat 194). Dalam ayat lain disebutkan, "jika kamu memberi balasan, balaslah sebagaimana kamu mendapat siksaan" (QS. AnNahl/16:126). Penggunaan pedang sebagai alat eksekusi pidana qishash atas jiwa hanya didasarkan pada pemahaman bahwa alat itu lebih mudah dan cepat menghilangkan nyawa.

Saat sekarang ini eksekusi pidana mati dalam hukum pidana positif menggunakan senjata api dengan ditembak. Dalam hal qishash ini dapat juga menggunakannya sebagai alat untuk mempermudah kematian dalam eksekusi dengan syarat eksekutor haruslah petugas Negara yang diberi wewenang untuk itu. Sementara untuk pidana qishash atas anggota tubuh/selain jiwa, alat yang digunakan adalah alat yang sesuai atau alat lain yang tidak akan menimbulkan kelebihan dan menjamin ketepatan eksekusi. Bagi ahli waris atau keluarga korban cukup memberi persetujuan untuk dilaksanakan qishash jika ia menghendaki qishash, atau tidak memberikan persetujuan jika ia menghendaki *Diyat* atau memberikan maaf.

Pemaafan merupakan keistimewaan dalam pelaksanaan pidana qishash-*Diyat*. Seorang hakim dalam menghadapi kasus yang diancam pidana qishash-

Diyat, sebelum menjatuhkan bentuk pidana, ia terlebih dahulu menganjurkan korban/keluarga korban untuk memberikan maaf¹⁷⁶. Jika korban atau keluarga korban bersedia memaafkan maka pidana qishash tidak dijatuhkan dan diganti dengan *Diyat*.

Diyat diancamkan sebagai pidana pengganti terhadap perbuatan pidana pembunuhan secara sengaja, dan diancamkan sebagai pidana pokok terhadap pembunuhan semi sengaja atau pembunuhan tidak sengaja/karena kelalaian. Jumlah *Diyat* dalam pembunuhan sengaja adalah 100 ekor unta (40 ekor diantaranya sedang bunting), dalam pembunuhan tidak sengaja atau semi sengaja *Diyat* adalah 100 ekor unta¹⁷⁷. Jika korban atau keluarga korban bersedia secara sukarela untuk memaafkan pelaku tanpa menggantinya dengan *Diyat*, inilah yang disebut dengan sedekah dari korban atau keluarga korban.

Hal ini merupakan keringanan dan rahmat yang ditetapkan oleh Allah bagi orang yang beriman. Keringanan tersebut, juga dimaksudkan sebagai kesempatan kepada pelaku untuk bertobat kepada Allah dan tidak mengulangi perbuatannya. Jika suatu saat nanti terjadi pengulangan delik, maka tidak ada lagi keringanan dan pidana qishash akan tetap dilaksanakan kepadanya. Sekalipun

¹⁷⁶ Dari Abu Syuraih al Khazai, Rasulullah SAW bersabda, barangsiapa ditimpa pembunuhan atau penganiayaan, ia berhak memilih salah satu dari tiga hal, menjatuhkan haknya (pidana qishash), atau mengambil *Diyat*, atau memaafkan, dan jika berkehendak yang keempat ambillah dari kedua tangannya. Selain itu, Abu Hurairah meriwayatkan bahwa Rasulullah saw bersabda tidaklah seseorang memaafkan dari suatu kezaliman, kecuali Allah akan menambahnya kemuliaan. Lihat QS. al-Baqarah /2 : 178 dan tafsirnya, As Suyuti dan Al Mahalli, *Tafsir Al Jalalain*, Darul Fikr, Beirut, 1991, hlm. 67-69.

¹⁷⁷ Besarnya *Diyat* jika dibandingkan dengan jumlah denda dalam Rancangan KUHP, maka lebih besar dari jumlah denda kategori V (300 juta); jumlah *Diyat* didasarkan pada hadits yang diriwayatkan oleh Ahmad, Abu Daud dan Nasa'i dari Abu Bakar bin Muhammad, bahwa Rasulullah mengirim surat kepada Amir bin Hazm yang isinnya, *sesungguhnya dalam pembunuhan jiwa itu seratus ekor unta*. Dalam hadits lain disebutkan, bahwa besar *Diyat* pada zaman Rasulullah swa adalah seratus ekor unta, harga seekor unta adalah satu uqiyah sehingga harga *Diyat* adalah empat ribu dirham. Pada masa Umar *Diyat* menjadi seharga delapan ribu dirham, karena harga unta turun naik (tidak stabil) Umar menetapkan *Diyat* sebesar dua belas ribu dirham atau seribu dinar atau 200 ekor sapi atau dua ribu ekor domba. (diriwayatkan oleh Aburazaq dari Ma'mar dari Az Zuhri), hadits terakhir dikutip dari A. Djazuli, *Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 157.

syariat memberikan hak kepada korban dan atau ahli warisnya untuk membalas perbuatan jahat yang berkenaan dengan pembunuhan dan penganiayaan, namun syariat lebih mengutamakan menganjurkan korban dan atau ahli warisnya untuk memaafkan.

Pemidanaan Ta'zir

Sebagaimana telah diuraikan bahwa ta'zir berarti mencegah atau menolak dan mendidik atau memberi pelajaran. Dengan demikian, secara teknis istilah ta'zir dipergunakan untuk menyebut tindakan yang bersifat pelajaran yang diberikan terhadap orang yang melakukan kesalahan atau perbuatan pidana yang tidak diatur oleh ketentuan had (hudud atau qishash-Diyat). Oleh karenanya ta'zir merupakan kewenangan Negara melakukan kriminalisasi atau dekriminalisasi, penalisasi atau depenalisasi.

Lebih lanjut, pidana ta'zir merupakan pengembangan pemidanaan dalam Islam (Al-Qur'an dan *As-Sunnah*), yakni terhadap bentuk-bentuk perbuatan pidana yang tidak atau belum diatur dalam kedua sumber utama hukum Islam tersebut. Hal ini dimungkinkan karena ketentuan-ketentuan pidana yang secara tegas diatur dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* sangat terbatas. Sedangkan kebutuhan masyarakat semakin kompleks dan berkembang, karenanya bentuk-bentuk perbuatan pidana pun semakin kompleks. Dengan adanya pidana ta'zir, keterbatasan ketentuan pidana yang tercantum dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* dapat diatasi. Ketentuan pidana dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* tersebut mempunyai peluang untuk dikembangkan dan dijabarkan sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Kemungkinan mengembangkan ketentuan mengenai pidana Islam selaras dengan firman Allah yang artinya "supaya kamu sekalian beriman kepada Allah dan Rasul-Nya,

Apa saja bentuknya pidana ta'zir, diserahkan sepenuhnya kepada kebijakan Negara sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat. Adapun pelaksanaan pidana ta'zir, sepenuhnya juga menjadi hak Negara atau petugas yang ditunjuknya. Orang selain penguasa tidak boleh melaksanakan pidana *ta'zir*, jika ia melaksanakannya sendiri maka dianggap melakukan pembunuhan atau penganiayaan. Pelaksanaan pidana dimaksudkan untuk melindungi masyarakat dari kejahatan atau perbuatan pidana yang ketentuannya belum disebutkan dalam *Al-Qur'an* dan *Al-Sunnah*.

2.6 Bentuk-bentuk pidana Islam dan Kaitannya dengan tujuan pembedaan di Indonesia

Bentuk pidana yang ada dirumuskan dalam hukum pidana mencerminkan tujuan pembedaan yang dianut suatu sistem hukum pidana. Sistem hukum pidana Islam dengan bentuk-bentuk pidana sebagaimana diuraikan di atas memiliki tujuan yang selaras dengan tujuan syariat Islam yang dikenal dengan istilah *al maqasid al syari'ah*, yaitu mewujudkan kebaikan/tertib sosial, kepentingan dan kebahagiaan manusia di dunia dan di akhirat sebagaimana kita kenal konsep kesejahteraan manusia (*sosial welfare*) dan perlindungan masyarakat (*sosial defence*). Dan pastinya, bentuk pidana Islam telah memenuhi tujuan syariatnya itu¹⁷⁹. Yang jadi perhatian adalah bagaimana hubungan pidana Islam dengan tujuan pembedaan di Indonesia, dengan kata lain bagaimana pidana Islam dapat memenuhi tujuan pembedaan di Indonesia.

menguatkan agama-Nya (*tu'azziruuhu*), membesarkan-Nya (*tuagqiruuhu*), dan bertasbih kepada-Nya di waktu pagi dan petang" (QS. al Fath / 48 : 9)

¹⁷⁹ Secara historis dan empiris, pidana Islam telah mampu bertahan sebagai bentuk pidana yang mampu mewujudkan tujuannya. Sebagai bukti empiris untuk bahan perbandingan dapat dilihat misalnya Negara Saudi Arabia dan Negara lain yang menerapkan hukum pidana Islam. Secara akademis, diakui pula oleh ilmuwan barat, misalnya Prof. Sam S. Souryal, guru besar di Sam Houston State University, Houston, Texas..

Pemidanaan merupakan suatu proses, dalam proses ini peranan hakim sangat penting. Hakim mengkonkretkan sanksi pidana yang terdapat dalam suatu peraturan dengan menjatuhkan pidana bagi orang tertentu dalam suatu kasus tertentu. Dalam hal memutuskan penjatuhan pidana hakim mesti memperhatikan baik hal-hal yang berkaitan dengan tersangka maupun korban mengenai tujuan-tujuan pemidanaan. Tujuan pemidanaan sebagaimana telah diuraikan terdahulu, belum dirumuskan secara formal dalam hukum pidana positif Indonesia. Karena itu, ada baiknya kita melihat tujuan pemidanaan menurut beberapa ahli hukum.

Herbert L. Packers, berpandangan bahwa hanya ada dua tujuan pemidanaan, yaitu pengenaan penderitaan yang setimpal terhadap penjahat dan pencegahan kejahatan¹⁸⁰.

Bismar Siregar, menyatakan bahwa yang pertama patut diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukuman badaniah mencapai sasaran, mengembalikan keseimbangan yang terganggu akibat kejahatan, karena tujuan penghukuman tiada lain mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia¹⁸¹.

Sejalan dengan pandangan-pandangan tersebut, Muladi berpendapat, saat ini dan ke depan diperlukan tujuan pemidanaan yang bersifat integrative¹⁸².

¹⁸⁰ Herbert L. Packers, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, Stanford, California, 1968, hlm. 62.

¹⁸¹ Bismar Siregar, *Tentang Pemberian Pidana*, kertas kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang tahun 1980, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 23.

¹⁸² Muladi mengelompokan teori-teori mengenai tujuan pemidanaan menjadi tiga teori yaitu teori retributive, teori teleologis, dan teori retributive teleologis. Teori retributive menyatakan bahwa pidana yang sepatutnya diterima sangat diperlukan berdasarkan alasan, baik keadilan maupun nilai moral, tidak lain untuk memperbaiki keseimbangan moral yang rusak akibat kejahatan; teori teleologis memandang pidana sebagai sesuatu yang dapat dipergunakan untuk mencapai kemanfaatan baik yang berkaitan dengan penjahat, misalnya menjadikannya lebih baik, maupun yang berkaitan dengan dunia, misalnya dengan mengisolasi untuk mencegah penjahat beraksi kembali; sedangkan teori retributive teleologis (integrative), tujuan pemidanaan bersifat plural karena menghubungkan prinsip-prinsip retributive dan teleologis, maksudnya adalah untuk memperbaiki kerusakan individual dan sosial (*individual and sosial damage*) yang diakibatkan oleh

Mengingat pentingnya tujuan pemidanaan sebagai pedoman dalam memberikan atau menjatuhkan pidana, maka di dalam Konsep Rancangan KUHP dirumuskan dalam Pasal 54 ayat (1) sebagai berikut:¹⁸³

- a. Mencegah dilakukannya perbuatan pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
- c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana

Apabila kita perhatikan rumusan tujuan pemidanaan seperti tersebut di atas, maka rumusan tujuan pemidanaan tersebut sama dengan perumusan tujuan pemidanaan dalam Rancangan KUHP tahun 1987/1988, sama dengan perumusan tujuan pemidanaan dalam Rancangan KUHP 1991/1992 yang disempurnakan tahun 1993 dan kemudian menjadi RUU KUHP 1999/2000, yang dituangkan dalam Pasal 50 RUU KUHP 1999/2000. Pada intinya, pidana yang dijatuhkan terhadap seorang pelaku perbuatan pidana harus memenuhi dan mencapai tujuan pemidanaan. Tujuan pemidanaan sebagaimana terdapat dalam rumusan-rumusan tersebut meliputi:

- a. Pencegahan (umum dan khusus);
- b. Perlindungan masyarakat;
- c. Rehabilitasi dan Resosialisasi;
- d. Menyelesaikan konflik dan memelihara harmonisasi sosial/solidaritas sosial;

tindak pidana, hal ini terdiri dari seperangkat tujuan pemidanaan yang harus dipenuhi yaitu: 1) pencegahan; 2) perlindungan masyarakat; 3) memelihara solidaritas masyarakat; 4) pengimbangan/ pengimbalan. Adapun tujuan manakah yang merupakan titik berat sifatnya kasuistis. Lihat Muladi, *lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 2004, hlm. 49-61. Lihat juga Muladi dan Barda Nawawi Arief, *ibid.*, hlm. 10-43.

¹⁸³ Pasal 54 RKUHP 2005-2008, lihat juga beberapa konsep tujuan pemidanaan yang pernah dirumuskan dalam beberapa Rancangan KUHP sebelumnya, antara lain Pasal 2 Konsep Rancangan Buku I KUHP tahun 1972, Pasal 47 konsp KUHP tahun 1987/1988, dan Pasal 50 RUU KUHP tahun 1999/2000.

- e. Pengimbalan/pembalasan;
- f. Membebaskan rasa bersalah.

Tujuan pidana adalah pencegahan (umum dan khusus) dimaksudkan bahwa dengan pidana terhadap pelaku perbuatan pidana diharapkan mencegah atau menghalangi pelaku atau orang lain yang mempunyai niat melakukan tindak pidana. Pencegahan ini harusnya bersifat ganda, yaitu bersifat individual dan bersifat umum. Untuk dapat memberikan sifat pencegahan, pidana harus dapat memberikan efek jera terhadap pelaku dan memberikan ancaman luar biasa terhadap umum¹⁸⁴.

Tujuan pidana perlindungan masyarakat, dalam Rancangan KUHP dimaksudkan bahwa pidana yang dijatuhkan kepada pelaku perbuatan pidana dapat memberikan perlindungan terhadap masyarakat dari bahaya pengulangan tindak pidana. Jadi disini perlindungan yang diberikan setelah terjadinya tindak pidana.

Tujuan pidana rehabilitasi dan resosialisasi, dimaksudkan bahwa pidana dilaksanakan agar memperbaiki diri pelaku sehingga ia insyaf dan dapat kembali ke tengah masyarakat sebagai orang yang baik. Masyarakat pun dapat menerimanya sebagai bagian dari anggota masyarakat.

Tujuan pidana mencegah konflik dan memelihara solidaritas masyarakat, dimaksudkan bahwa pidana merupakan penegakan hukum masyarakat dan mencegah terjadinya balas dendam pribadi yang tidak dibenarkan. Selain itu, pidana dimaksudkan untuk memelihara dan mempertahankan solidaritas dan harmoni masyarakat yang utuh. Pengertian

¹⁸⁴ Herbert L. Packers menyebutnya sebagai *prime guarantor and prime threatener*, Herbert L. Packers, *op.cit.*, hlm. 87.

solidaritas ini biasanya dihubungkan dengan ganti rugi terhadap korban tindak pidana.

Menurut Sudarto, masyarakat dipandang sebagai jaringan halus dari perbuatan manusia sehingga secara manusiawi pada umumnya masyarakat ikut bersalah atas apa yang dilakukan oknum masyarakat dan ada solidaritas dengan orang yang menjadi korban kejahatan¹⁸⁵.

Tujuan pemidanaan adalah pengimbalan atau pembalasan, dimaksudkan bahwa pelaku perbuatan pidana harus membayar kembali akibat perbuatannya yang telah dilakukan. Sesuai dengan teori retributive, pelaku kejahatan pantas mendapatkan balasan akibat perbuatannya demi keadilan dan moral. Hanya saja pembalasan di sini bukanlah tujuan sendiri, melainkan sebagai pembatasan dalam arti ada keseimbangan antara perbuatan dan pidana¹⁸⁶.

Tujuan pemidanaan membebaskan rasa bersalah pada terpidana, dimaksudkan bahwa dengan pemidanaan yang dijalani terpidana secara psikologis dapat menghilangkan rasa bersalah dari yang bersangkutan. Sesuai dengan pembahasan, bagaimana hubungan sanksi pidana Islam dengan tujuan pemidanaan atau bagaimana sanksi pidana Islam memenuhi tujuan pemidanaan Indonesia tersebut. Perlu diingatkan kembali bahwa sanksi pidana Islam memiliki tiga dimensi tujuan pemidanaan, pertama sebagai penebus dosa (*Jawabir*), kedua pencegahan dan penjeraan (*zawajir / ar rad'u wa zajru*), dan ketiga sebagai perbaikan dan pendidikan (*Ishlah wat-tahdzib*). Tujuan pemidanaan sebagai penebus dosa, walaupun beberapa ahli hukum tidak menyetujuinya, dimaksudkan bahwa pidana yang dijatuhkan kepada pelaku perbuatan pidana adalah sebagai

¹⁸⁵ Lihat Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 197-198.

¹⁸⁶ Lihat Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 83.

pelaksanaan syari'at Islam (ibadah-tobat) untuk memohon ampunan dan keridhaan-Nya sehingga dapat menggugurkan dosanya.

Hal ini didasarkan pada hadits Nabi saw, "*wa atbi'i as sayyiata al hasanata tamhuuha*, artinya iringilah kejahatan dengan kebaikan untuk melebur/menutup dosanya". Hadits lain men"barang siapa melakukan kejahatan seperti berzina, mencuri, berdusta, lalu ia dijatuhi hukuman atas perbuatannya itu, maka hukuman tersebut akan menjadi *kiffarat* (penebus/penutup/pelebur dosa) baginya"¹⁸⁷.

Pemidanaan dalam Islam sinonim dengan pelaksanaan tobat, yang diawali dengan pengakuan bersalah, menyesali dan menerima konsekuensi perbuatannya, dan bertekad tidak melakukannya lagi. Secara psikologis terpidana telah melaksanakan tobat dan terbebas dari rasa bersalah.

Tujuan pemidanaan sebagai pencegahan dan penjeraan, dimaksudkan bahwa pidana yang diancamkan dan dijatuhkan kepada pelaku dapat mencegah pelaku mengulangi perbuatannya dan menahan/mencegah orang lain agar tidak berbuat serupa. Pencegahan ini bersifat ganda atau rangkap (prevensi khusus dan umum), yaitu bagi individu pelaku menimbulkan efek jera sehingga tidak akan mengulangi dan menghentikan perbuatannya, sementara bagi masyarakat umum menimbulkan efek takut dan sadar tidak ingin melakukan tindak pidana¹⁸⁸. Untuk memenuhi tujuan pencegahan ganda ini, bentuk hukuman atau besarnya hukuman harus sedemikian rupa sehingga cukup mewujudkan tujuan ini. Pidana tidak boleh kurang atau lebih dari batas yang diperlukan untuk mewujudkan tujuan sesuai ketentuan yang dibenarkan.

¹⁸⁷ H.R. Bukhari dari Ubadah bin Shamit, RA, dalam M. Husain Abdullah, *loc.cit*.

¹⁸⁸ Ini mirip dengan teori tujuan dari Von Feurbach, yang mengatakan bahwa ancaman hukuman harus dapat mencegah niat orang untuk melakukan kejahatan. Apabila orang menyadari bahwa karena telah melakukan kejahatan mereka pasti akan dipidana, mereka itu pasti akan mengurungkan niatnya meleakaukan kejahatan. Lihat P.A.F. Lamintang, *Hukum Penitentier.....*, *Op.cit.*, hlm. 16.

Tujuan pemidanaan perbaikan dan pendidikan, dimaksudkan bahwa pemidanaan yang dilaksanakan mampu memberi pelajaran dan menjadikan terpidana berubah tingkah lakunya menjadi orang baik. Hal ini sama dengan rehabilitasi dan resosialisasi dengan program pembinaan dan kemandirian dalam sistem pemasyarakatan di Indonesia.

Bahkan dalam Islam, pemidanaan dilaksanakan untuk menumbuhkan kesadaran diri terpidana agar menjauhi tindak pidana/perbuatan jahat, bukan karena takut atau jera karena pidananya melainkan karena keinsyafan dan kesadaran diri agar mendapat ridha Tuhan. Kesadaran inilah yang dituntut dan merupakan alat paling utama untuk menanggulangi kejahatan/tindak pidana. Jika kesadaran tersebut tumbuh pada terpidana khususnya dan masyarakat umumnya, maka kejahatan akan terhindarkan. Karena seseorang sebelum melakukan perbuatan pidana akan berfikir bahwa Tuhan tentu mengetahui perbuatannya dan pidana siap menyimpannya, baik diketahui orang atau tidak, dijatuhi pidana atau tidak di dunia, namun yang pasti ia tidak dapat meloloskan diri dari sanksi di akhirat. Kesadaran yang demikian yang mestinya dapat dicapai oleh sistem pemidanaan di Indonesia.

Di samping segi perbaikan dan pendidikan bagi terpidana seperti tersebut, pemidanaan dalam Islam juga bertujuan membentuk masyarakat yang baik dan dihiasi rasa saling menghormati, saling mencintai sesama dengan mengetahui batas-batas hak dan kewajibannya. Perbuatan jahat atau tindak pidana, hakekatnya adalah perbuatan yang tidak disenangi masyarakat, menginjak-injak martabat dan keadilan masyarakat, dan mengusik ketentraman masyarakat, sehingga menimbulkan kemarahan kepada pelakunya, disamping menimbulkan rasa empati/kasih sayang terhadap korbannya.

Pidana yang dijatuhkan terhadap pelaku hakekatnya merupakan salah satu cara Islam menyatakan reaksi dan balasan dari masyarakat terhadap pelaku dan merupakan usaha penenangan terhadap korban. Pemidanaan walaupun bukan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia, namun rasa derita/nestapa dari pidana akan dirasakan oleh pelaku sebagai sarana penyuci diri/tobat, sementara korban merasa tenang dan terwakili sebagai alasan pengimbalan, terwujudlah rasa keadilan masyarakat. Dari uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa pemidanaan dalam hukum pidana Islam bertujuan untuk menegakan keadilan dan memelihara harmoni hubungan sosial¹⁸⁹, membuat jera/prevensi khusus dan mencegah/prevensi umum, memperbaiki pelaku¹⁹⁰.

Apabila dikaitkan bentuk pidana dan tujuan pemidanaan tersebut maka akan terlihat bahwa tujuan menegakan keadilan dan memelihara harmoni sosial lebih nampak pada pidana *qishash* dan *Diyat*; tujuan penjeraan dan pencegahan (prevensi khusus atau umum) lebih nampak pada pidana *hudud*; tujuan memperbaiki pelaku dan pendidikan lebih nampak pada pidana *ta'zir*. Apabila dicermati secara seksama dan objektif maka tujuan pemidanaan dalam Islam nyaris sama dengan tujuan pemidanaan dalam hukum positif. Yang membedakan keduanya adalah aspek religious atau spiritual, dimana dalam Islam pemidanaan merupakan bentuk pelaksanaan ibadah yang tujuannya bukan hanya untuk kedamaian kehidupan di dunia saja tetapi juga untuk kedamaian dan kesejahteraan kehidupan di akhirat.

¹⁸⁹ Dapat juga dikatakan sebagai penyelesaian konflik (*conflictoplossing*) atau mendatangkan kedamaian (*vredemaking*) yaitu mengusahakan ketentraman dalam masyarakat. GP. Hoefnagels, *Anderen an daders*, 1966, hlm. 17 dalam Sudarto, *op.cit.*, hlm. 89.

¹⁹⁰ Lihat Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003, hlm. 93.

Intinya, tujuan pemidanaan dalam Islam adalah untuk mewujudkan ketentraman, kedamaian, dan kesejahteraan sosial¹⁹¹ di dunia dan di akhirat. Adapun mengenai bentuk sanksi pidana, tentu berbeda dalam Islam dengan bentuk pidana dalam hukum positif dan Rancangan KUHP. Namun demikian, dapat dikatakan bahwa bentuk pidana dalam hukum positif merupakan bagian dari sanksi pidana dalam Islam yang dikategorikan sebagai bentuk pidana *ta'zir*.

Karena bentuk/jenis pidana yang terdapat dalam hukum pidana positif dapat dikategorikan bagian dari jenis pidana dalam hukum Islam, maka, bentuk-bentuk atau jenis-jenis pidana dalam hukum Islam sangat berkaitan erat dan sangat mampu memenuhi tujuan pemidanaan di Indonesia, bahkan lebih dari tujuan yang dirumuskan dalam Rancangan KUHP. Bentuk pidana Islam telah mampu mewujudkan tujuan pemidanaan Islam yang juga sama dengan tujuan pemidanaan hukum positif, karenanya bentuk pidana Islam mampu memenuhi tujuan pemidanaan di Indonesia.

2.7 Keunggulan Hukum Pidana Islam

Kemampuan pidana Islam memenuhi tujuan pemidanaannya tidak terlepas dari keunggulan pidana Islam¹⁹². Pidana Islam memiliki keunggulan atau keistimewaan sebagai suatu sistem hukum pidana baik secara teoritis maupun praktis/empiris. Secara teoretis (konseptual), pidana Islam memiliki keunggulan antara lain:

¹⁹¹ Tujuan umum sistem hukum Islam adalah kesejahteraan sosial (*sosial welfare*) sinonim dengan *al maqasid al syari'ah*, yaitu terpeliharanya keamanan, ketentraman dan kedamaian sehingga masyarakat sejahtera lahir bathin.

¹⁹² Lihat Topo Santoso, *Membumikan Hukum.....op.cit.*, lihat juga M. Shiddiq al Jawi, *Keunggulan Sistem Pidana Islam*, artikel The House of Khilafah, 3 Februari 2006, diakses dari website <http://www.khilafah1924.org>, dapat juga diakses dari <http://jodisantoso.blogspot.com>, lihat juga dengan judul yang berbeda (*keistimewaan Hukum Islam*) dari <http://www.Islamic-center.or.id> diakses tanggal 28 Januari 2010, jam 09.30 wib.

1) Sumber utama pidana Islam berasal dari wahyu Allah SWT kepada Nabi Muhammad SAW, yakni *Al-Qur'an* dan *As-Sunnah* (praktek pelaksanaan *Al-Qur'an* dari Nabi Muhammad SAW). Hal ini didasarkan pada asas "tiada hukum yang lebih baik bagi orang yang yakin selain hukum Allah" (QS. Al Maidah /5 ayat 50) dan asas "hukum itu hanya milik Allah" (QS. Yusuf /12 ayat 40)¹⁹³. Namun demikian, manusia diberi keleluasaan oleh Allah untuk menetapkan hukum sekedar untuk melengkapi dan interpretasi terhadap kedua sumber utama, tentunya tidak boleh bertentangan dengan sumber utama tersebut. Keunggulan sumber hukum ini melahirkan keistimewaan lain yaitu pelaksanaan hukum Islam merupakan ketaatan yang bernilai ibadah sebaliknya meninggalkan hukum Islam berarti pengingkaran, dengan kata lain melaksanakan hukum berarti iman sedangkan melanggar hukum berarti kufur¹⁹⁴.

2) Standar hukum kokoh / konsisten, karena bersumber pokok pada *Al-Qur'an* dan *As-Sunnah* yang tidak akan berubah sampai akhir zaman maka pada dasarnya sistem pidana Islam bersifat tetap tidak berubah mengikuti situasi, kondisi dan tempat tertentu. Namun demikian, kaidah atau norma dalam sumber utama tadi terdapat dua sifat, ada yang bersifat *nash qath'i* (jelas/tetap) dan ada yang bersifat *nash zhanni* (samar/perlu interpretasi). Kaidah yang bersifat *qath'i* (*nash qath'i*) inilah yang bersifat tetap tidak berubah sampai akhir zaman, sementara kaidah yang bersifat *zhanni* (*nash zhanni*) memungkinkan untuk berubah sesuai dengan situasi dan kondisi setempat (tergantung struktur, politik, kultur suatu bangsa). Pidana *hudud*, dan pidana

¹⁹³ Lihat *Al-Qur'an* dan Terjemahnya, *op.cit.*, hlm. 168 dan hlm. 354. Lihat juga secara lengkap dalam As Suyuthi dan Al Mahalli, *Tafsir Al Jalalain*, Darul Fikr, Beirut, 1991, hlm. 91.

¹⁹⁴ Lihat *Al-Qur'an* dan Terjemahnya, *ibid.*, Surat Al Maidah /5 ayat 44 – 47.

qishash-Diyat, misalnya bersifat *nash qath'i*, sementara pidana *ta'zir* bersifat *zhanni*. Misalnya *nash qath'i*, pencurian diancam pidana potong tangan (QS. Al Maidah /5:38-39). Pencurian didefinisikan sebagai perbuatan mengambil harta orang lain secara diam-diam dari tempat penyimpanan dengan itikad tidak baik. Syarat pencurian yang dipidana potong tangan adalah: i) pelaku baligh, berakal tidak dalam keadaan darurat (mampu bertanggung jawab dan tidak ada alasan pemaaf); ii) barang yang dicuri bernilai seperempat dinar atau lebih (1 dinar = 12 dirham, 1 dirham = 1,12 gram emas, artinya $\frac{1}{4}$ dinar = 3 dirham = 3,36 gram emas); iii) barang yang dicuri benar-benar milik orang lain; iv) mengambil barang dari tempat penyimpanan; v) mengambil secara sengaja. Apabila pencurian terbukti secara sah memenuhi 5 syarat tersebut pelaku dipidana potong tangan (pidana *hudud*), sebaliknya jika tidak memenuhi syarat tersebut pelaku dijatuhi pidana *ta'zir*, misalnya penjara. Potong tangan dilaksanakan pada pergelangan tangan sebelah kanan bila memenuhi syarat tersebut, tetapi jika tidak memenuhi syarat potong tangan, pelaku melaksanakan pidana penjara. Setelah pidananya dilaksanakan, terpidana wajib bertobat kepada Allah, karena perbuatannya itu selain berkaitan dengan hak manusia juga melanggar hak/larangan Allah. Kemudian barang hasil curian dikembalikan kepada pemiliknya atau menggantinya seharga barang yang dicuri¹⁹⁵. Dengan demikian, ajaran Islam tidak otoriter dan mengekang manusia untuk produktif dan inovatif, sehingga manusia

¹⁹⁵ Para ahli hukum Islam (fuqaha) berbeda-beda pendapatnya tentang syarat-syarat pencurian yang dipidana potong tangan tersebut berdasarkan hadits-hadits yang ada, baik bertalian dengan besarnya barang yang dicuri, pelakunya sendiri, maupun yang bertalian dengan pembedaannya, untuk mengetahui jelas lihat antara lain Mahmud Syaltut, *op.cit.*, jilid I, hlm. 413-435, M. Anwar, *op.cit.*, hlm. 288-297, Sulaiman Rasyid, *op.cit.*, hlm. 406-407.

diberi wewenang untuk mengembangkan apa saja yang belum secara tegas ditemukan sebagai *nash qath'i* melalui ijtihad.

- 3) Tujuan sanksi pidana Islam memiliki dua dimensi yakni dimensi dunia dan akhirat. Dimensi dunia, tujuan pembedaan dapat mencegah tindak pidana/prevensi umum dan menjerakan/prevensi khusus, serta perbaikan dan pendidikan. Dimensi akhirat, tujuan pembedaan dimaksudkan untuk menggugurkan dosa pelaku. Kejahatan atau perbuatan pidana dalam Islam identik dengan dosa yaitu pelanggaran terhadap aturan-aturan yang ditetapkan berdasarkan hukum Allah. Barang siapa yang meninggalkan kewajiban atau melaksanakan keharaman berarti ia melakukan perbuatan pidana atau berdosa. Pelaku perbuatan pidana akan mendapatkan sanksi pidana yang berdimensi menggugurkan dosa. Misalnya, pelaku pencurian yang memenuhi syarat syari'at dipidana potong tangan kemudian dilaksanakan pidananya, berarti ia telah taat melaksanakan perintah Allah di dunia dan di akhirat Allah tidak akan menyiksa pelaku pencurian karena dosanya ditebus dengan sanksi pidana di dunia¹⁹⁶. Oleh karena itu, pada masa Rasulullah, pelaku zina seperti Maiz dan al Ghamidiyah tidak segan-segan datang kepada Rasulullah untuk mengakui perzinanya dan meminta Negara menjatuhkan sanksi kepadanya di dunia, agar sanksi mereka di akhirat menjadi gugur.
- 4) Sistem hukum pidana Islam mengandung aspek spiritual, artinya pelaksanaan hukum pidana didasarkan pada ketaatan kepada Allah sebagai ibadah untuk meningkatkan keimanan dan ketaqwaan. Oleh karena itu sistem pidana Islam

¹⁹⁶ Hal ini didasarkan pada hadits Nabi SAW " barang siapa melakukan kejahatan seperti berzina, mencuri, dan berdusta, kemudian dijatuhi sanksi pidana atas perbuatannya itu, maka sanksi itu akan menjadi *kaffarat* (penebus dosa) baginya" (HR.Bukhari dari Ubadah bin Tsamit dalam M. Husain Abdullah, *op.cit.*, hlm. 64).

memiliki mekanisme kontrol yang kokoh, maksudnya pengawasan terhadap pelaksanaan hukum dilakukan bukan hanya pengawasan eksternal (dari instansi lain/masyarakat umum) tetapi juga pengawasan internal (individu yang bersangkutan). Pengawasan internal ditopang oleh ketakwaan individu warga yang kuat, sementara pengawasan eksternal ditopang oleh kewajiban *amar maruf nahi munkar*. Pelaksanaan hukum dalam Islam merupakan ibadah maka penyalahgunaan kewenangan dapat ditekan seminimal mungkin sebab akan membatalkan ibadah dan dianggap dosa. Misalnya, hakim dalam melaksanakan tugasnya menerima hadiah (gratifikasi) berarti ia makan yang haram, dan bila menerima suap berarti ia telah kafir murtad. Konsekuensi dari hakim yang menerima hadiah atau menerima suap maka di dunia diancam pidana dan di akhirat diancam masuk neraka. Mekanisme control yang kuat tersebut akan mempersempit/menekan terjadinya kejahatan/perbuatan pidana baik yang dilakukan warga masyarakat, pejabat Negara ataupun aparat penegak hukum.

Secara empiris, sistem pidana Islam memiliki keunggulan yang dibuktikan dengan rendahnya tingkat kejahatan di Negara yang menerapkan sistem pidana Islam dibandingkan dengan Negara yang menerapkan sistem pidana lain. Di Negara Arab Saudi misalnya, pelaksanaan hukum pidana Islam mampu menekan angka kejahatan sampai pada titik yang terendah. Dari ratusan jumlah Negara-negara di seluruh dunia, Freda Adler menyebut Arab Saudi sebagai Negara terkecil angka kejahatannya (*nations not obsessed with crime*)¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Arab Saudi merupakan salah satu dari sepuluh Negara dengan predikat Negara terkecil angka kejahatannya dibanding negara-negara lain di dunia, Freda Adler, *Nations not Obsessed with crime*, 1983, dalam Topo Santoso, *op.cit.*, hlm. 134. Lihat juga Freda Adler, Gerhard O.W. Mueller & William S. Laufer, *Criminology*, McGraw-Hill, New York, 1991, hlm. 170-171.

Hasil penelitian lain, Souryal mencatat bahwa selama sepuluh tahun rata-rata angka kejahatan di Arab Saudi paling kecil dibanding Negara-negara muslim lain yang tidak menerapkan hukum pidana Islam. Satu sebabnya yaitu hukum pidana Islam merupakan bagian dari syariat Islam, yang mana syariat Islam sangat berperan dalam membentuk masyarakat anti kejahatan (*noncriminal society*) dan masyarakat dengan control sosial yang tinggi¹⁹⁸. Bila dibandingkan Negara Arab Saudi yang menerapkan pidana Islam dengan Negara-negara arab lainnya yang menerapkan bukan pidana Islam, (yaitu Suriah, Sudan, Mesir, Irak, Libanon dan Kuwait), diperoleh keunggulan pidana Islam dalam menekan angka kejahatan. Rerata angka pembunuhan di Arab Saudi (dalam 100.000 penduduk) dalam periode 10 tahun (1970-1979) besarnya 53 kasus, ternyata hanya 1/6 dari angka pembunuhan di Mesir dan Kuwait, 1/7 dari pembunuhan di Suriah, 1/9 dari pembunuhan di Sudan, 1/16 dari pembunuhan di Irak dan hanya 1/25 dari angka pembunuhan di Libanon¹⁹⁹. Jika Arab Saudi dibandingkan dengan Amerika Serikat (AS), maka data menunjukan angka pembunuhan selama satu tahun di Arab Saudi sama dengan angka pembunuhan dalam sehari di Amerika Serikat. Rerata angka pembunuhan di Arab Saudi selama 10 tahun (1970-1979) sebanyak 53 kasus, sementara di Amerika Serikat dalam setahun (1992) terjadi 20.000 kasus pembunuhan, berarti 54 kasus perhari²⁰⁰. Rerata angka perkosaan di Arab Saudi

¹⁹⁸ Sam Souryal adalah guru besar sistem peradilan pidana dari Sam Houston State University, Texas, Amerika Serikat, yang awalnya skeptis dengan penerapan syariat Islam di Arab Saudi, kemudian ikut dalam proyek penelitian besar yang dilakukan oleh Sekretariat PBB, untuk mengetahui dimensi kriminalitas berbasis seluruh dunia. Ia mendapat kesempatan melakukan penelitian di Arab Saudi dan beberapa Negara timur tengah lainnya selama Desember 1983 hingga Maret 1984. Setelah melakukan penelitian, Souryal mengakui bahwa syariat Islam memiliki kelebihan-kelebihan dibanding sistem hukum lain dalam mewujudkan *noncriminal society*. Lihat lengkapnya Sam Souryal, *Religious Training as a Method of Sosial Control - The effective of Syariah Law in the Development of a noncriminal Society in the Kingdom of Saudi Arabia*, UNICRC, Roma, 1990, dalam Topo Santoso, *op.cit.*, hlm. 133-144.

¹⁹⁹ Lihat data lengkap dari Sam Souryal, dalam Topo Santoso, *ibid.*, hlm. 138-141.

²⁰⁰ M. Al Basyr bin Saud, *As-Suquth min al Dakhil*, Pustaka Al - Kautsar, Jakarta, 1995, hlm. 45.

selama 10 tahun (1970-1979) sebanyak 352 kasus per tahun atau sekitar 27 per bulan, sementara di Amerika Serikat dalam satu tahun (1992) terjadi 10.000 kasus, atau sekitar 27 kasus per hari, artinya kasus perkosaan sebulan di Arab Saudi sama dengan kasus perkosaan sehari di Amerika Serikat²⁰¹.

Selain keunggulan tersebut di atas, pidana Islam juga memenuhi prinsip-prinsip yang selama ini dikenal dalam hukum barat sebagai asas hukum pidana modern. Misalnya, asas legalitas, asas tidak berlaku surut, asas praduga tak bersalah, asas persamaan di depan hukum, asas tiada pidana jika ada keraguan, asas perlindungan HAM, asas keadilan, asas kebenaran materiil, asas kemanfaatan, asas pemaafan, asas individualisasi pembedaan dan sebagainya. Satu hal yang berbeda yakni hukum pidana barat tidak mengakui aspek agama²⁰², sedangkan hukum pidana Islam sangat erat hubungannya dengan agama sebagai jalan hidup manusia (*way of life*).

Syariat Islam termasuk bidang pidananya, diturunkan Allah untuk kebaikan manusia dan menyelesaikan persoalan manusia. Syariat Islam diperuntukan bagi seluruh manusia agar menjadi rahmat (kebaikan) bagi mereka, baik muslim maupun non muslim²⁰³. Sebagaimana telah diuraikan terdahulu, para ulama mencatat bahwa pidana Islam bagian dari syariat Islam bertujuan untuk melindungi dan memenuhi kebutuhan mendasar manusia, yang manusia tidak bisa hidup tanpanya (kebutuhan *daruriyat*), yaitu agama, akal, jiwa, harta dan keturunan. Selain itu juga bertujuan melindungi kebutuhan sekunder (*hajiyyat*) dan kebutuhan tersier/ kebaikan hidup manusia (*tahsiniyat*). Fakta sejarah

²⁰¹ M. Shiddiq al Jawi, *op.cit.*, hlm. 4.

²⁰² Hukum pidana barat mengenal aspek agama, hanya saja sebagai objek yang dilindungi oleh hukum, seperti larangan mengganggu orang yang sedang beribadah, larangan menodai agama dan menodai tempat ibadah. Sedangkan agama sebagai sumber rujukan dalam penentuan norma-norma hukum atau agama dijadikan sumber tata hukum tidak dikenal sama sekali.

²⁰³ Lihat Al-Qur'an dan Terjemahnya, *op.cit.*, S. Al Anbiyaa / 21:107, hlm. 508.

menunjukkan bahwa selama 800 tahun masa pemerintahan Islam di Spanyol, pemeluk Islam, Kristen dan Yahudi, dapat hidup damai berdampingan, mereka mendapat hak-hak sebagai warga Negara tanpa diskriminasi.

Dalam hal penentuan perbuatan manusia sebagai suatu perbuatan pidana atau bukan, hukum pidana Islam berdiri pada garis pertengahan. Di dunia barat, ada Negara yang begitu fleksibel dalam mengganti atau merubah hukum, sementara di Negara lain begitu sulitnya merubah hukum, sehingga banyak perbuatan yang merugikan tetapi tidak terjamah hukum sampai ada ketentuan perundangan yang mengaturnya. Misalnya pada sistem *common law*, peranan hakim sangat dominan di atas peraturan perundang-undangan, sehingga dikenal istilah *judge made law*, hukum lahir di pengadilan melalui putusan hakim. Sebaliknya, dalam sistem *civil law* (eropah continental), peranan peraturan perundang-undangan sangat dominan sehingga seringkali hakim begitu sulit untuk mengambil keputusan jika undang-undang tidak mengaturnya secara tegas.

Dalam sistem hukum pidana Islam, terdapat batasan-batasan tertentu dalam menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana. Batasan-batasan tersebut merupakan konstruksi pidana Islam, yaitu *nash qath'i* dan *nash zhanni*. *Nash qath'i* menentukan ada dua kelompok perbuatan pidana yang sudah dilarang "sejak awal" yang dalam istilah latin dikenal sebagai "*mala per se*"²⁰⁴, yaitu perbuatan pidana *hudud* dan *qishash-Diyat/jinayat*. *Nash zhanni* menentukan ada kelompok perbuatan pidana yang bisa terus berkembang sesuai kewenangan Negara melalui politik hukumnya (*kriminalisasi* atau *dekriminalisasi*) dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip umum syariat Islam, yakni perbuatan pidana *ta'zir*.

²⁰⁴ *Mala per se* artinya sifat melawan hukum dari perbuatan-perbuatan yang sudah *fix* dan tidak bisa diubah oleh penguasa Negara, baik oleh kekuasaan eksekutif, legislative atau yudikatif.

Dengan batasan tersebut, hukum pidana dalam Islam tidak statis dan tidak juga berkembang liar mengikuti semua kemauan masyarakat yang bisa terus berkembang bahkan bisa sampai ke arah yang amoral. Contoh, tahun 1920, Amerika Serikat pernah melarang minuman keras, tetapi kemudian dibolehkan kembali²⁰⁵. Negara-negara barat saat ini sudah tidak melarang secara pidana (*depenalisasi/dekriminalisasi*) perbuatan-perbuatan yang dianggap amoral seperti zina, homoseksual, aborsi, euthanasia, prostitusi, pornografi dan sebagainya. Disamping itu, peranan hakim dalam sistem hukum pidana Islam, tetap memiliki peran optimal walaupun ada asas legalitas, karena tidak boleh menolak kasus karena alasan tidak ada aturannya. Jika ada kasus yang tidak termasuk pada perumusan perbuatan pidana *hudud* atau *qishash* *Diyat*, maka hakim tetap dapat menghukumnya berdasarkan perbuatan pidana *ta'zir*.

Di Indonesia, walaupun masyarakatnya mayoritas beragama Islam namun rupanya tidak mayoritas dalam politik hukumnya, sehingga hukum pidana yang berlaku bukan hukum pidana Islam melainkan hukum pidana nasional. Namun demikian, apabila konsep pidana *ta'zir* dalam hukum Islam disinkronisasikan dalam hukum pidana di Indonesia kemudian dilakukan perbandingan, maka akan terlihat kesamaanya disamping perbedaannya. Persamaannya antara lain bahwa hukum pidana selalu berkembang sesuai dengan keadaan perkembangan dan kebutuhan masyarakat, baik mengenai jenis perbuatan pidana maupun jenis sanksi pidananya. Penentuan atau penetapan jenis perbuatan pidana dan bentuk sanksi pidana dalam hukum Islam diserahkan kepada penguasa sebagai *ulil amri*²⁰⁶,

²⁰⁵ Diambil dari <http://www.khilafah1942.org>, dan <http://jodisantoso.blogspot.com>, diakses tanggal 8 September 2009, jam. 11.30 wib.

²⁰⁶ *Ulil amri* atau *waliyu al amr* adalah penguasa Negara atau pemegang pemerintahan yang memiliki kewenangan menyangkut hal-hal yang bersifat kemaslahatan umum dalam ruang lingkup hukum publik, dan bidang pidana merupakan bagian dari lingkup hukum publik. Lihat

demikian juga halnya dalam hukum pidana di Indonesia kewenangan Negara melalui politik hukum dan kebijakan kriminal menetapkan perbuatan apa sebagai perbuatan pidana dan apa sanksi pidananya. Dalam hal ini rumusan formulasi pidana dalam Rancangan KUHP dapat diterima sebagai bagian dari system pidana Islam dengan kategori pidana *ta'zir*.



secara lengkap mengenai kewenangan penguasa Negara (*ulil amri*) dalam Abul Hasan Ali Al Mawardi, *op.cit.*

BAB III

FORMULASI PIDANA ISLAM DAN PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DAN KAITANNYA DENGAN UPAYA PENANGGULANGAN KEJAHATAN DI INDONESIA

3.1 Upaya Penanggulangan kejahatan di Indonesia

Kejahatan merupakan salah satu bentuk perilaku menyimpang yang selalu ada dan melekat pada tiap bentuk masyarakat, tidak ada masyarakat yang sepi dari kejahatan²⁰⁷. Sebagai perilaku menyimpang, kejahatan selalu menjadi ancaman serius terhadap norma-norma sosial yang berlaku dalam masyarakat, sehingga menimbulkan ketidakteraturan, ketegangan individual dan ketegangan sosial. Dengan demikian, kejahatan sebagai perilaku menyimpang merupakan masalah kemanusiaan sekaligus masalah sosial²⁰⁸. Untuk mengatasi masalah-masalah tersebut Negara melakukan upaya atau kebijakan dalam pencegahan dan penanggulangan kejahatan.

Upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan termasuk bagian dari bidang politik kriminal/kebijakan kriminal (*criminal policy*)²⁰⁹. Menurut Marc Ancel, kebijakan kriminal diartikan sebagai "*the rational organization of the control*

²⁰⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, cet.ke-3, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 148.

²⁰⁸ Dalam Islam, kejahatan merupakan perbuatan tercela (*al qabih*) menurut ketentuan syar'i, karena itu kejahatan bukan hanya masalah individual ataupun sosial melainkan juga masalah moral dan agama (dosa). Lihat Abdurrahman Al Maliki & Ahmad ad Daur, *Sistem Sanksi dan Pembuktian dalam Islam*, Pustaka Thariqul Izzah, Bogor, 2008, hlm. 3 – 7. Lihat juga Sayid Sabiq, *op.cit.*, hlm. 507.

²⁰⁹ Sudarto menyebutnya politik kriminal dan mengemukakan tiga arti politik criminal yaitu: 1) dalam arti sempit, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana; 2) dalam arti luas, ialah keseluruhan fungsi aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi; 3) dalam arti paling luas, ialah keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat. Penegakan norma-norma sentral ini diartikan sebagai penanggulangan kejahatan. Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, cet.ke-3, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 113-114. Lihat juga Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana, Jakarta, 2007, hlm. 77.

of crime by society"²¹⁰. Definisi tersebut diikuti oleh G.Peter Hoefnagels, yang merumuskan bahwa "*criminal policy is the rasional organization of the sosial reaction to crime*"²¹¹. Dari uraian tersebut, kebijakan kriminal dapat dirumuskan sebagai suatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam penanggulangan kejahatan.

Menurut Barda Nawawi Arief, kebijakan kriminal tidak terlepas dari kebijakan yang lebih luas, yaitu kebijakan sosial (*sosial policy*)²¹², karena itu, kebijakan kriminal merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*sosial defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan sosial (*sosial welfare*). Dengan demikian, tujuan penanggulangan kejahatan/kebijakan kriminal adalah perlindungan masyarakat dan kesejahteraan masyarakat. Kebijakan kriminal dilakukan dengan upaya mengadakan pemilihan dari sekian banyak alternative, mana yang paling efektif dalam usaha penanggulangan kejahatan²¹³.

Penanggulangan kejahatan dilakukan dengan penegakan hukum melalui peraturan perundang-undangan dan badan-badan Negara yang terkait dalam penegakan hukum. Penegakan hukum berarti tindakan yang dilakukan aparaturnya penegak hukum dalam menghadapi masalah-masalah penegakan hukum. Upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan tersebut dilakukan dengan pendekatan integral melalui sarana *penal* (hukum pidana) dan sarana *nonpenal* (selain hukum pidana). Apabila dipilih sarana hukum pidana (*penal*) dalam

²¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 2.

²¹¹ Barda Nawawi Arief, *ibid.*, lihat juga Teguh Prasetyo & Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana, Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 13.

²¹² Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm. 2.

²¹³ Opsi yang dapat dilakukan dalam penegakan hukum terdiri dari tindakan preventif (pencegahan sebelum terjadi kejahatan), tindakan represif (penindakan setelah terjadi kejahatan), dan tindakan kuratif (tindakan khusus kepada pelaku kejahatan berdasarkan kewenangan yang dimiliki penegak hukum). Lihat selengkapnya Sudarto, *op.cit.*, hlm. 111-124.

penanggulangan kejahatan berarti melaksanakan politik/kebijakan hukum pidana (*penal policy*).

Kebijakan hukum pidana atau dikenal juga dengan politik hukum pidana berasal dari istilah *penal policy*, *criminal law policy*, atau *strafrechtspolitik*²¹⁴. Membahas kebijakan/politik hukum pidana tentunya terkait dengan politik hukum. Politik hukum terdiri dari rangkaian kata politik dan hukum. Menurut Mahfud, hukum merupakan produk politik. Hukum dipandang sebagai variable terpengaruh (*dependent variable*), dan politik sebagai variable berpengaruh (*independent variable*). Dari asumsi itu, Mahfud merumuskan politik hukum sebagai:²¹⁵

kebijakan hukum yang akan atau telah dilaksanakan secara nasional oleh pemerintah; mencakup pula pengertian tentang bagaimana politik mempengaruhi hukum dengan cara melihat konfigurasi kekuatan yang ada di belakang pembuatan dan penegakan hukum itu. Di sini hukum tidak dapat hanya dipandang sebagai pasal-pasal yang bersifat imperative atau keharusan-keharusan, melainkan harus dipandang sebagai subsistem yang dalam kenyataan bukan tidak mungkin sangat ditentukan oleh politik, baik dalam perumusan materi dan pasal-pasalnya maupun dalam implementasi dan penegakannya.

Menurut Sudarto, politik hukum adalah kebijakan Negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan dapat digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa-apa yang dicita-citakan²¹⁶. Jadi, politik hukum pidana menurut Sudarto, adalah mengadakan pemilihan untuk mencapai perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Singkatnya, mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan situasi dan kondisi pada suatu waktu tertentu.

²¹⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai op.cit.*, hlm. 24.

²¹⁵ Lihat selengkapnya dalam Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998, hlm. 1-2.

²¹⁶ Sudarto, *Hukumop.cit.*, hlm. 159.

Sedangkan menurut A. Mulder, *strafrechtspolitik* adalah garis kebijakan tentang seberapa jauh ketentuan pidana yang berlaku perlu diperbaiki, apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana, dan cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan²¹⁷. Berdasarkan uraian di atas, dapat dikatakan bahwa kebijakan hukum pidana pada hakekatnya merupakan usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang baik agar sesuai dengan keadaan pada waktu tertentu (*ius constitutum*) dan masa mendatang (*ius constituendum*).

Konsekuensi logis dari pengertian itu, kebijakan/politik hukum pidana identik dengan Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) secara sempit²¹⁸. Pembaharuan hukum pidana atau usaha membuat peraturan hukum pidana yang baik tersebut, tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi, kebijakan/politik hukum pidana juga merupakan bagian dari kebijakan/politik criminal. Dengan kata lain, dari sudut politik criminal, politik hukum pidana identik dengan pengertian kebijakan penanggulangan kejahatan dengan sarana hukum pidana.

Usaha atau kebijakan penanggulangan kejahatan dengan sarana hukum pidana hakekatnya merupakan bagian dari usaha penegakan hukum pidana, sehingga disebut juga bagian dari kebijakan penegakan hukum pidana (*penal law enforcement policy*). Kebijakan penegakan hukum pidana sebenarnya lebih luas

²¹⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga rampai....op.cit.*, hlm. 26.

²¹⁸ Secara sempit karena sebagai suatu sistem, hukum pidana terdiri dari substansi, struktur dan kultur. Undang-undang merupakan bagian dari substansi hukum, Pembaharuan hukum pidana disamping memperbaharui perundang-undangan, juga mencakup Pembaharuan *structural* dan *cultural*. Jadi Pembaharuan hukum pidana secara sempit berarti mengusahakan dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik. Menurut Marc Ancel, sistem hukum pidana terdiri dari 1) peraturan hukum pidana dan sanksinya (hukum pidana materiil); 2) prosedur hukum pidana (hukum pidana formil); dan 3) mekanisme pelaksanaan pidana (hukum pelaksanaan pidana). lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai..... ibid*, dan yang menjadi kajian dalam pennisan ini adalah mengenai peraturan hukum pidana dan sanksinya (hukum pidana materiil) sebagai substansi hukum.

daripada Pembaharuan hukum pidana. Hal ini berorientasi pada kenyataan bahwa kebijakan hukum pidana atau kebijakan penegakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap operasionalisasi/fungsionalisasi / konkretisasi hukum pidana, yaitu:²¹⁹

- 1) Tahap formulasi (kebijakan legislative), yaitu tahap penegakan hukum *in abstracto* oleh badan pembuat undang-undang;
- 2) Tahap aplikasi (kebijakan yudikatif/yudisial), yaitu tahap penerapan hukum pidana oleh aparat penegak hukum;
- 3) Tahap eksekusi (kebijakan eksekutif/administrative), yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana secara konkret oleh aparat pelaksana pidana.

Dari ketiga tahap tersebut, yang paling strategis dalam kebijakan hukum pidana adalah tahap formulasi²²⁰. Pada tahap formulasi inilah disusun dan ditentukan pedoman atau aturan semua perencanaan penanggulangan kejahatan yang berwujud kebijakan legislative (peraturan perundang-undangan). Tahap aplikasi dan tahap eksekusi pun berpedoman pada kebijakan legislative (peraturan perundang-undangan yang dihasilkan pada tahap formulasi). Kelemahan kebijakan formulasi merupakan kesalahan strategis yang dapat menghambat upaya penanggulangan kejahatan pada tahap aplikasi dan eksekusi. Oleh karena itu, diharapkan ketiga tahapan tersebut merupakan satu jalinan mata rantai yang berkorelasi dalam sebuah kebulatan sistem dalam Pembaharuan hukum pidana yang merupakan landasan terpenting dan bagian dari upaya penanggulangan kejahatan.

3.2 Pembaharuan hukum pidana Indonesia

Sebagaimana telah diuraikan bahwa Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) merupakan bagian dari politik/kebijakan hukum pidana (*penal policy*),

²¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan..... op.cit.*, hlm. 79.

²²⁰ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan.....ibid.*

kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari politik/kebijakan criminal (*criminal policy*), kebijakan criminal merupakan bagian dari kebijakan sosial (*sosial policy*) yang berorientasi pada perlindungan masyarakat (*sosial defence*) dan kesejahteraan masyarakat (*sosial welfare*).

Jadi, Pembaharuan hukum pidana pada akhirnya harus berorientasi pada tujuan perlindungan dan kesejahteraan masyarakat. Berpijak pada sistem hukum pidana yang disebut oleh Marc Ancel²²¹ di atas, maka secara komprehensif, Pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) meliputi Pembaharuan terhadap hukum pidana materil (substansinya), hukum pidana formil (hukum Acara) dan hukum pelaksanaan pidana. Ketiga bidang hukum pidana tersebut bersama-sama atau secara integral diperbaiki (*reform*) agar tidak terdapat kendala dalam pelaksanaannya. Untuk membatasi persoalan, pembahasan di sini hanya menyangkut Pembaharuan hukum pidana materil saja. Dalam Pembaharuan hukum pidana (materil) ini juga mencakup kitab undang-undang hukum pidana (KUHP) dan undang-undang di luar KUHP. Dan untuk membatasi pembahasan, fokus perhatian hanya ditujukan pada pembaharuan hukum pidana dalam arti Pembaharuan KUHP.

Masalah sentral yang harus mendapat kajian dalam Pembaharuan hukum pidana (Pembaharuan KUHP) sebagai bagian kebijakan criminal dengan sarana penal, adalah perbuatan yang seharusnya dijadikan perbuatan pidana dan sanksi apa yang sebaiknya dikenakan kepada pelanggar. Sebagai kajian dalam pembahasan ini diarahkan pada masalah sanksi apa yang sebaiknya dikenakan

²²¹ Menurut Marc Ancel, sistem hukum pidana terdiri dari 1) peraturan hukum pidana dan sanksinya (hukum pidana materil); 2) prosedur hukum pidana (hukum pidana formil); dan 3) mekanisme pelaksanaan pidana (hukum pelaksanaan pidana), dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai..... Op.cit.*, hlm. 26.

kepada pelanggar. Masalah sanksi inilah yang menjadi focus perhatian penulis dalam upaya Pembaharuan hukum pidana (KUHP).

Menurut Barda Nawawi Arief, makna dan hakikat Pembaharuan hukum pidana dapat dilihat dari segi pendekatan yang berorientasi kebijakan (*policy oriented approach*) dan segi pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value oriented approach*)²²², dan juga pendekatan yang berorientasi nilai ekonomis²²³. Masalah sanksi pidana dalam Pembaharuan hukum pidana juga harus dikaji dari dua segi pendekatan tersebut di atas.

Dilihat dari segi pendekatan kebijakan, Pembaharuan hukum pidana berarti:

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).
- b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
- c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (legal substance) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

Dilihat dari segi pendekatan nilai, Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan substantive hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah

²²² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai*.....*op.cit.*, hlm. 28.

²²³ Pendapat J. Andenaes, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm.164-167.

Pembaharuan hukum pidana apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS). Barda Nawawi Arief, mengemukakan bahwa perlu adanya harmonisasi atau sinkronisasi dan konsistensi antara pembangunan dan Pembaharuan hukum nasional dengan nilai-nilai atau aspirasi sosial-filosofis dan sosio-kultural yang ada di masyarakat²²⁴.

Karenanya, upaya Pembaharuan hukum pidana (KUHP nasional), perlu dilakukan dengan pengkajian dan penggalian nilai-nilai nasional yang bersumber pada Pancasila dan nilai-nilai religious yang berlaku di masyarakat. Pembaharuan hukum pidana dilatarbelakangi oleh ide dasar Pancasila yang mengandung nilai moral religious (Ketuhanan), kemanusiaan, demokrasi dan keadilan sosial²²⁵.

Dari segi-segi optik demikian, secara konkret Pembaharuan hukum pidana sangat mutlak diperlukan, dan merupakan sebuah keharusan yang tidak dapat ditunda-tunda lagi eksistensinya. Kebutuhan ini berkorelasi dengan adanya argumentasi utama mengapa diperlukan Pembaharuan hukum pidana, yaitu alasan politis, sosiologis dan praktis²²⁶.

Alasan politis menegaskan kelayakan Indonesia yang sudah merdeka memiliki KUHP nasional sebagai symbol kebanggaan bangsa yang sudah melepaskan diri dari penjajah Belanda. Alasan sosiologis menegaskan bahwa KUHP warisan Belanda (WvS) tidak mencerminkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, sehingga bertentangan dengan kebudayaan bangsa Indonesia. Di sisi lain, KUHP warisan Belanda dilandasi kapitalisme dan liberalism, sedangkan

²²⁴ Lihat selengkapnya Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 4-7.

²²⁵ Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaharuan Hukum Pidana, Reformasi Hukum*, Grasindo, Jakarta, 2008, hlm. 22.

²²⁶ Lihat selengkapnya, Sudarto, *Hukum dan*, *op.cit.*, hlm. 66-69 .

Indonesia dilandasi kebersamaan dan kekeluargaan. Alasan praktis menegaskan bahwa teks resmi KUHP adalah bahasa Belanda, aparaturnya pun semakin lama semakin banyak yang tidak memahami bahasa Belanda. Terjemahan yang beraneka ragam tidak akan dapat memberikan penyelenggaraan hukum pidana yang pasti dan seragam. Karenanya, tidak mustahil terjadi penafsiran yang menyimpang dari makna aslinya disebabkan suatu terjemahan yang kurang tepat, dan akibatnya mengganggu upaya penegakan hukum. Selain alasan itu menurut Muladi, ada alasan lain mengapa KUHP harus segera diperbaharui yaitu alasan adaptif²²⁷.

Agar upaya Pembaharuan KUHP sebagaimana dimaksud di atas tercapai, haruslah memenuhi kajian komparatif, yang mendasarkan kajiannya kepada konseptual yang luas. Dalam hal ini, salah satu bahan kajian yang cukup mendapat perhatian adalah kajian terhadap keluarga hukum yang lebih dekat dengan karakteristik masyarakat dan sumber hukum bangsa Indonesia. Karakteristik masyarakat Indonesia adalah bersifat monodualistik dan pluralistik, dan sumber hukum nasional (Pancasila) lebih berorientasi pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, yaitu nilai-nilai hukum adat dan hukum agama²²⁸.

Kajian ini dalam Pembaharuan hukum pidana tidak hanya kebutuhan, akan tetapi suatu keharusan, sebagaimana disimpulkan dalam hasil seminar hukum nasional VIII tahun 2003 di Kuta Denpasar Bali²²⁹. Berdasarkan hal tersebut,

²²⁷ Yakni, bahwa KUHP nasional di masa mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan-perkembangan baru, khususnya perkembangan internasional yang sudah disepakati masyarakat beradab. Khususnya alasan sosiologis, yang berkaitan dengan ideology bangsa yakni Pancasila dan kondisi alami Negara Indonesia. Lihat Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materil Indonesia di Masa yang Akan Datang*, Pidato pengukuhan jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990, hlm. 3-18.

²²⁸ Kajian inilah yang disebut *traditional and religious law family*, lihat Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana...op.cit.*, hlm. 7.

²²⁹ Kesimpulan seminar hukum nasional VIII tahun 2003, menegaskan bahwa menjadikan ajaran agama sebagai sumber motivasi, sumber inspirasi, dan sumber evaluasi yang kreatif dalam

Pembaharuan hukum pidana (KUHP) perlu dilaksanakan dengan orientasi kepada nilai-nilai keagamaan melalui pendekatan yang humanis, pendekatan cultural, dan pendekatan religious (*value oriented approach*), kemudian dipadukan dengan pendekatan rasional yang berorientasi kepada kebijakan (*policy oriented approach*).

Berkenaan dengan pendekatan kebijakan ini, Sudarto berpendapat bahwa dalam menghadapi masalah sentral pertama Pembaharuan hukum pidana, harus diperhatikan hal-hal yang pada pokoknya sebagai berikut:

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materil dan spiritual berdasarkan Pancasila. Dalam hal ini, maka penggunaan hukum pidana untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan penguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materil atau spiritual) terhadap warga masyarakat.
- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*).
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).

membangun insan hukum yang berakhlak mulia sehingga wajib dikembangkan upaya-upaya konkrit dalam muatan kebijakan pembangunan hukum nasional yang dapat memperkuat landasan budaya keagamaan yang sudah berkembang dalam masyarakat; memfasilitasi perkembangan keberagaman dalam masyarakat dengan kemajuan bangsa; serta untuk mencegah konflik antara umat beragama dan meningkatkan kerukunan antara umat beragama. Lihat angka II sub B-7 rumusan hasil seminar pembangunan hukum nasional VIII, Buku 1 BPHN Departemen Hukum dan HAM, hlm. 7.

Selanjutnya, mengenai masalah sentral ke dua (sanksi pidana) dalam Pembaharuan hukum pidana, bahwa penetapan sanksi pidana sebagai kebijakan berkaitan erat dengan pendekatan nilai dan pendekatan ekonomis²³⁰. Pendekatan ekonomis di sini, tidak hanya dimaksudkan untuk mempertimbangkan antara biaya atau beban yang ditanggung masyarakat dengan hasil yang ingin dicapai melalui penetapan sanksi pidana, tetapi juga mempertimbangkan efektifitas dari sanksi pidana itu sendiri dalam upaya pencegahan kejahatan.

Dalam kaitan ini, Ted Honderich mengemukakan bahwa suatu pidana dapat disebut sebagai alat pencegah yang ekonomis (*economical deterrents*) apabila dipenuhi syarat sebagai berikut:²³¹

- a. Pidana itu sungguh-sungguh mencegah (kejahatan-pen);
- b. Pidana itu tidak menyebabkan timbulnya keadaan yang lebih berbahaya daripada yang akan terjadi apabila pidana itu tidak dikenakan;
- c. Tidak ada pidana lain yang dapat mencegah secara efektif dengan bahaya/kerugian yang lebih kecil.

Dengan demikian, Pembaharuan hukum pidana (KUHP) Indonesia khususnya menyangkut masalah sanksi pidana yang digunakan sebagai sarana penal dalam penanggulangan kejahatan hendaknya berorientasi pada pendekatan kebijakan yang terintegrasi dengan pendekatan nilai dan pendekatan ekonomis.

Dengan kata lain, Pembaharuan hukum pidana hendaknya dilakukan sebagai bagian dari upaya/kebijakan pencegahan dan penanggulangan kejahatan yang terintegrasi dengan menggali dan mengkaji nilai-nilai hukum yang hidup

²³⁰ Sebagaimana dikemukakan J. Andenaes, bahwa hasil maksimum harus dicapai dengan biaya yang minimum bagi kesejahteraan masyarakat, pendapat J. Andenaes, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *op.cit.*, hlm.164-167.

²³¹ Ted Hoderich, *Punishment*, Penguin Books, London, 1971, hlm. 59, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *ibid*, hlm. 165.

dalam masyarakat, termasuk hukum agama²³². Islam sebagai agama sekaligus sebagai sistem hukum yang khas memiliki keistimewaan dan kesempatan yang sama dengan nilai-nilai hukum lainnya, untuk dijadikan sumber norma bagi Pembaharuan hukum pidana Indonesia.

3.3 Aspek Agama dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Semua agama yang diakui secara konstitusional di Indonesia memiliki peran dan kesempatan yang sama dalam Pembaharuan hukum pidana. Namun demikian yang menjadi perhatian penulis adalah aspek agama Islam dalam Pembaharuan hukum pidana. Sebelum menguraikan sub bahasan ini, ada baiknya terlebih dahulu melihat tentang hubungan agama dengan hukum pidana. Untuk melihat hubungan agama dengan hukum pidana, perlu dipahami terlebih dahulu pandangan umat beragama mengenai hukum.

Menurut perspektif Ilmu Perbandingan Agama (*comparative religions*), khususnya di antara tiga agama samawi yakni Yahudi, Nasrani, dan Islam, terdapat perbedaan pandangan dan pemahaman konseptual mengenai hubungan agama dengan hukum²³³. Ajaran agama yahudi bersifat sangat eksotis dalam bentuk-bentuk hukum yang pasti. Ini tercermin dari berbagai hikayat mengenai penampilan Nabi Musa yang gagah dan keras. Sedangkan Agama Nasrani menekankan aspek isoteris yang sarat dengan ajaran etika dan moral, hal ini selaras dengan penampilan Nabi Isa yang lembut, penyabar dan baik hati.

²³² Semua agama yang secara resmi diakui Negara memiliki kesempatan yang sama dalam memberikan sumbangan dari nilai-nilai ajaran agamanya untuk ditransformasikan sebagai hukum positif yakni hukum pidana Indonesia yang memiliki akar kuat berorientasi pada pendekatan nilai-nilai religiusitas. Islam sebagai agama mayoritas masyarakat Indonesia, sepantasnya dapat mewarnai secara dominan corak hukum pidana nasional Indonesia.

²³³ Lihat Syed Hosen Nasr, *Islam, antara Cita dan Fakta*, (terj. Abdurrahman Wahid dan Hashim Wahid), Leppenas, Jakarta, 1981, hlm 16-17, dalam Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995, hlm. 29-30.

Perbedaan karakteristik tersebut juga terlihat dalam kitab sucinya, Taurat penuh berisi ajaran hukum, sedangkan injil (*bible*) pada dasarnya berisi ajaran moral dan etika. Perbedaan tersebut berimplikasi pada perkembangan hukum di masing-masing penganutnya. Kaum yahudi terkenal berwatak keras dan kaku, karena pemikiran hukum mereka sangat berkaitan dengan sikap keberagamaan. Sedangkan pemeluk agama Nasrani lebih bersifat kasih sayang dan cinta damai, soal hukum tidak terlalu ditekankan. Karena itu, perkembangan pemikiran hukum nasrani tidak sekuat tradisi agama yahudi.

Sebaliknya, Islam sebagai agama samawi terakhir justeru berisi ajaran yang bersifat eksoteris dan isoteris sekaligus. Pada dasarnya, Islam memang suatu agama yang menyempurnakan ajaran agama-agama samawi sebelumnya²³⁴. Meskipun memiliki karakteristik yang berbeda, namun konsep tentang hukum, ketiga agama samawi itu sama-sama memandang hukum sebagai sesuatu yang diwahyukan dari Tuhan. Hal ini, kemudian menjadi perbedaan pokok antara konsep hukum samawi dan konsep hukum Yunani atau Romawi (konsep hukum barat). Sumber utama konsep hukum samawi bersifat eksternal (dari Tuhan) sedangkan konsep hukum Yunani dan hukum Romawi bersifat internal (dari akal dan pemikiran manusia).

Selanjutnya, berdasarkan fakta historis terjadi gelombang pengaruh hukum barat atas hukum samawi (*helenisasi*), terutama akibat proses kolonisasi dunia barat atas timur²³⁵. Pengaruh hukum yunani terhadap hukum samawi menyebabkan terjadinya pertumbuhan dan perkembangan yang berbeda diantara

²³⁴ Ini didasarkan pada QS. Al Maaidah /5 ayat 3, "pada hari ini telah aku sempurnakan agamamu untuk kamu sekalian". Lihat selengkapnya Al Quran dan Terjemahnya, *op.cit*, hlm. 156.

²³⁵ Khusus mengenai Mu'amalah dan hukum criminal Islam, penjajah berhasil menggantikannya dengan hukum barat. Lihat Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law, Theory and Practice from Sixteenth to the Twentyfirst Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 103-109.

hukum samawi. Pengaruh kuat terjadi terhadap umat nasrani yang kemudian memisahkan secara tegas antara hukum/negara dan agama. Paham dikotomis mengenai hubungan hukum/negara dan agama ini akibat doktrin Paus Gelasius yang dikenal dengan "doktrin dua pedang atau dua kekuasaan"²³⁶. Sedangkan di dunia Islam, pengaruh *helenisasi* tidak menyebabkan pemisahan antara sifat hukum yang eksternal dan internal tersebut.

Dengan kata lain, terdapat perbedaan pandangan mengenai hubungan agama dan hukum/Negara antara Islam dan nasrani. Islam berpandangan bahwa agama dan hukum/Negara sebagai satu kesatuan, dimana hukum dan ajaran agama sama-sama bersumber dari wahyu Tuhan. Sedangkan nasrani, berpandangan bahwa agama dan hukum merupakan lapangan yang berbeda sama sekali, dan karenanya harus dipisahkan satu sama lain (sekularisasi). Hukum/Negara bersifat horizontal sedangkan agama bersifat vertical.

Namun demikian, akibat kolonisasi yang lama oleh dunia barat yang berpandangan sekuler, di dunia Islam sendiri berkembang tiga kelompok pandangan yaitu:²³⁷

- 1) Kelompok yang ingin kembali kepada hukum Islam (murni) berdasarkan Al-Qur'an dan *As-Sunnah*;

²³⁶ Doktrin yang memisahkan antara kekuasaan Negara dan agama, ditegaskan dalam al kitab Mattheus 22:21 yang menyatakan "bayarlah kepada kaisar apa yang kaisar punya, dan kepada Allah barang yang Allah punya". Mattheus XX,

²³⁷ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Angkasa, Bandung, 1995, hlm. 32. Lain halnya dengan Tahir Mahmud yang mengelompokkannya menjadi dua, yaitu kelompok yang menerapkan Pidana Islam sebagai hukum pidana nasional baik secara kodifikasi (seperti Libya, Iran, Pakistan dan Sudan) atau pun non kodifikasi (seperti Arab Saudi) dan kelompok yang memodernisasi hukum pidananya menurut standar hukum pidana barat yang dianggap modern, seperti, Turki, Mesir, Irak dan yang lainnya. Lihat Tahir Mahmood, *Criminal Law Reform..*, dalam Asmawi, *Hukum Pidana Islam, Kodifikasinya di Dunia Islam Modern dan Relevansinya di Indonesia*, Universitas Islam Negeri, Jakarta, 2009, hlm. 6-15. Diakses dari website <http://www.uinjkt.ac.id> dapat juga diakses dari <http://asmawi.net>, tanggal 21 Desember 2009, jam 09.30. wib.

- 2) Kelompok yang cenderung melakukan adaptasi dan kombinasi antara tradisi hukum Islam dengan unsur-unsur hukum barat;
- 3) Kelompok pragmatis yang cenderung menerapkan alam fikiran hukum barat semata dalam kerangka pemikiran hukum mereka.

Mengenai agama dalam hukum pidana, di Negara-negara yang menerapkan hukum Islam secara murni, seperti di Arab Saudi, aspek-aspek dalam hukum pidana didasarkan pada Al-Qur'an dan *As-Sunnah* yang merupakan wahyu Tuhan. Negara seperti Libya dan Malaysia kombinasi antara konsep hukum barat dan hukum Islam. Di Negara seperti turki, afganistan, Suriah yang komunitas muslim mayoritas dan Negara-negara muslim lainnya di seluruh dunia cenderung menerapkan konsep hukum barat. Perlu diketahui bahwa di Negara-negara kelompok ke tiga atau bisa disebut sekuler, agama hanya dipandang sebagai objek belaka dari pengaturan hukum pidana. Misalnya, ada larangan mengganggu orang yang sedang ibadah atau larangan merusak tempat ibadah, larangan pencemaran/penodaan agama.

Indonesia saat ini, cenderung menuju kombinasi karena transformasi sumber hukum dari berbagai nilai, hukum barat, Islam dan adat. Khusus bidang hukum pidana materil, Indonesia termasuk kelompok ke tiga, karena masih menggunakan aturan-aturan hukum warisan kolonial Belanda. Namun ada yang khas di Indonesia, yakni kedudukan agama dalam sistem hukum jauh lebih berarti dan menempati posisi strategis. Hal ini dapat dilihat dari kenyataan bahwa meskipun sistem hukum di Indonesia dipengaruhi oleh konsep hukum barat, tetapi falsafah hukum dan budaya hukum Indonesia memiliki watak/karakter yang berbeda dari karakter hukum barat. Misalnya, aspek agama dalam sistem hukum pidana Indonesia menempati kedudukan yang tinggi, hal ini dapat dilihat

dari kenyataan normative Pancasila sebagai sumber hukum, dimana Sila Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan prima kausa, dan setiap perundang-undangan selalu ada kata pembukaan "Dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa"; setiap peradilan harus dilakukan demi keadilan berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa; setiap putusan hakim memuat kepala putusan "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa".²³⁸

Secara konstitusional, sebagaimana dikemukakan di awal, bahwa sistem hukum nasional Indonesia tidak sekuler, yang memisahkan agama dan hukum. Implementasi kehendak konstitusi tersebut harus dijabarkan ke dalam semua bidang hukum, termasuk bidang hukum pidana. Akan tetapi, suatu produk hukum tergantung politik hukum suatu Negara, dan dalam sistem demokrasi seperti dianut Indonesia, hukum adalah produk politik²³⁹. Yang berperan memproduksi formulasi hukum adalah lembaga politik (Negara) yang memiliki kekuasaan dan kewenangan dalam pembentukan peraturan hukum. Jadi, penjabaran konsepsi hukum yang berpadu dengan agama sebagaimana kehendak konstitusi tersebut akan bergantung pada pemahaman para perancang dan pejabat legislator mengenai agama.

Untuk itu, penelitian ini dimaksudkan juga untuk mengetahui pemahaman para legislator mengenai aspek agama (Islam) dalam Rancangan KUHP. Penelitian ini menjadi penting dan strategis karena Rancangan KUHP nantinya akan menggantikan KUHP warisan kolonial Belanda dan menjadi hukum pidana positif di Indonesia yang masyarakatnya religious dimana umat Islam sebagai

²³⁸ Pasal 2 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan; lihat juga Pasal 2 ayat 1 undang-undang Nomor 48 Tahun 2009, tentang Kekuasaan Kehakiman (yang menggantikan UU No.4/2004 pengganti UU No 14/1970) juncto Pasal 197 ayat 1 a. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang hukum Acara Pidana.

²³⁹ Mahfud MD, *loc.cit.*

mayoritas masyarakat Indonesia²⁴⁰. Aspek agama (Islam) ini merupakan bagian dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat untuk ditransformasikan menjadi norma hukum pidana dalam proses Pembaharuan hukum pidana.

Proses transformasi nilai agama/hukum Islam ke dalam pembentukan norma (formulasi) hukum pidana, bertalian erat dengan politik/kebijakan hukum pidana yang berorientasi pada pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai termasuk nilai ekonomis. Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, bahwa yang menjadi kajian disini adalah masalah sentral kedua dari Pembaharuan hukum pidana yakni masalah pidana. Maka, objek perhatian difokuskan pada bentuk-bentuk pidana dari konsep Rancangan KUHP, dan transformasi nilai agama dalam hal ini dimaksudkan adalah bentuk-bentuk pidana dari hukum (pidana) Islam.

Berkenaan dengan ketentuan mengenai bentuk pidana, ada beberapa catatan mengenai konsep pidana dalam Rancangan KUHP. Aspek Agama pernah dijadikan rumusan bentuk pidana dalam tiga rancangan awal, yaitu Rancangan Buku I KUHP tahun 1968, tahun 1971/1972 dan dalam konsep Rancangan yang disusun oleh "Tim Harris" tahun 1981²⁴¹. Dalam ketiga konsep Rancangan KUHP tersebut, secara eksplisit aspek agama dijadikan sebagai salah satu bentuk pidana tambahan dengan rumusan pemenuhan kewajiban agama. Namun, dalam konsep rancangan selanjutnya bentuk pidana pemenuhan kewajiban agama dihilangkan dari konsep rumusan. Untuk melihat lebih jauh berikut disajikan beberapa pasal mengenai jenis pidana dalam konsep-konsep Rancangan KUHP.

²⁴⁰ Namun sebagaimana diketahui, mayoritas umat Islam di Indonesia tidak selalu menjadi mayoritas dalam politik hukum Indonesia, hal ini tergantung pemahaman dan kesadaran umat Islam Indonesia sendiri terhadap nilai-nilai ajaran Islam baik yang bersifat *qath'i* maupun bersifat *zhanni* dari sumber utama hukum Islam yakni Al-Qur'an dan AlSunnah.

²⁴¹ Tim ini terdiri dari Harris, Basaroeddin, dan Situmorang, dan bekerja atas tugas yang diberikan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional mulai 7 Nopember 1979. Untuk melihat draft

A. Konsep Rancangan Buku I KUHP Tahun 1968 dan Konsep Rancangan Buku I KUHP Tahun 1971/1972, keduanya sama mengatur jenis pidana dalam Bab V Pasal 48 tentang Susunan Pidana, sebagai berikut:

a. Pidana Pokok, terdiri dari:

- 1) Pidana mati;
- 2) Pidana pemyarakatan;
- 3) Pidana pembimbing;
- 4) Pidana peringatan;
- 5) Pidana perserikatan.

b. Pidana Tambahan, terdiri dari :

- 1) Pencabuan hak tertentu;
- 2) Perampasan barang tertentu;
- 3) Pengumuman keputusan hakim;
- 4) Pengenaan kewajiban ganti rugi;
- 5) Pengenaan kewajiban agama;
- 6) Pengenaan kewajiban adat.

Kedua Konsep KUHP tersebut mengatur pemyaraan pemenuhan kewajiban agama dalam Pasal 78. Dalam pasal 78 itu dinyatakan bahwa hakim dapat menetapkan kewajiban agama yang harus dilakukan oleh terpidana menurut agama yang dianutnya sebagai permohonan ampun kepada Tuhan Yang Maha Esa. Ini berarti, para perumus mengakui bahwa perbuatan pidana juga berkaitan dengan aspek agama dan menghendaki agar pidana yang dilaksanakan oleh terpidana dapat menjadi sarana penghapusan dosa.

B. Konsep Rancangan KUHP dari Tim Harris, Basaroeddin, dan Situmorang, tahun 1981²⁴², mengatur tentang jenis-jenis pidana dalam Pasal 17, sebagai berikut:

a. Pidana Pokok, terdiri dari:

- 1) Pidana mati
- 2) Pidana penjara
- 3) Pidana kurungan
- 4) Pidana denda
- 5) Pidana perserikatan

b. Pidana Tambahan, terdiri dari:

- 1) Pencabutan hak tertentu
- 2) Perampasan barang tertentu
- 3) Pengumuman putusan hakim
- 4) Kewajiban ganti rugi
- 5) Kewajiban agama
- 6) Kewajiban adat

Khusus mengenai pemidanaan kewajiban agama, diatur dalam pasal 48, yang menyebutkan bahwa hakim dapat menetapkan kewajiban agama yang harus dilakukan oleh terpidana menurut agama yang dianutnya sebagai permohonan ampun kepada Tuhan Yang Maha Esa. Dalam Rancangan Penjelasannya, pengenaan kewajiban agama menurut pasal ini, dilakukan di depan Hakim, atau Jaksa, atas perintah Hakim.

C. Konsep Rancangan Buku I KUHP Tahun 1981/1982²⁴³, mengatur tentang bentuk atau jenis-jenis pidana dalam Pasal 36, sebagai berikut:

²⁴² Harris, Basaroeddin, dan Situmorang, *Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Buku I Beserta Penjelasan Pasal-Pasalnya*, Jakarta, 1 Juli 1981.

a. Pidana Pokok, terdiri dari:

- 1) Pidana Pemasyarakatan
- 2) Pidana Tutupan
- 3) Pidana pengawasan
- 4) Pidana denda

b. Pidana Tambahan, terdiri dari:

- 1) Pencabutan hak-hak tertentu
- 2) Perampasan barang-barang tertentu
- 3) Pengumuman keputusan hakim
- 4) Ganti rugi
- 5) Kewajiban adat

c. Pidana mati merupakan pidana pokok yang istimewa

D. Konsep Rancangan KUHP Buku I Tahun 1991/1992, mengatur tentang jenis-jenis pidana dalam Pasal 58 – 60, sebagai berikut:

a. Pidana Pokok, terdiri dari:

- 1) Pidana penjara
- 2) Pidana tutupan
- 3) Pidana pengawasan
- 4) Denda
- 5) Pidana kerja sosial

b. Pidana mati merupakan pidana yang bersifat khusus,

c. Pidana tambahan, terdiri dari:

²⁴⁵ Hasil kerja Tim Pengkajian Bidang Hukum Pidana, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Laporan Hasil Pengkajian Tahun 1981/1982. Tim ini dibentuk berdasarkan Surat Keputusan Pimpinan Proyek Peningkatan Kodifikasi Hukum Nasional No.G1-68.PR.09.10-1981, tanggal 26 Juni 1981, diketuai oleh Prof. Sudarto, SH, sekretaris Ny.Yusrida Erwin, SH, dengan anggota Prof. Ruslan Saleh, Dr. JE. Sahetapy, Mardjono Reksodiputro, MA, Budiarti, SH dan Harris, SH.

- 1) Pencabutan hak-hak tertentu
- 2) Perampasan barang-barang tertentu dan tagihan
- 3) Pengumuman putusan hakim
- 4) Pembayaran ganti kerugian
- 5) Pemenuhan kewajiban adat

E. Konsep Rancangan KUHP Buku I tahun 2008 ²⁴⁴, mengatur tentang jenis-jenis pidana dalam Pasal 65, 66 dan 67, sebagai berikut:

- a. Pidana pokok terdiri dari:
 - 1) Pidana penjara
 - 2) Pidana tutupan
 - 3) Pidana pengawasan
 - 4) Denda
 - 5) Kerja sosial
- b. Pidana mati merupakan pidana pokok bersifat khusus dan selalu diancamkan secara alternative
- c. Pidana tambahan terdiri dari
 - 1) Pencabutan hak tertentu
 - 2) Perampasan barang tertentu dan atau tagihan
 - 3) Pengumuman putusan hakim
 - 4) Pembayaran ganti kerugian

²⁴⁴ Konsep ini sama dengan konsep sebelumnya Konsep Tahun 2005, Sebelumnya, masih ada Konsep Rancangan Buku I KUHP Tahun 1982/1983, Konsep RKUHP 1982/1983 yang mengalami perbaikan, Konsep 1982/1983 yang disempurnakan sampai 27 April dan November 1987 (Konsep tahun 1987/1988), RUU KUHP 1999/2000, konsep Tahun 2002/2003, Jika diperhatikan, jenis-jenis pidana dalam konsep Rancangan KUHP Tahun 1981/1982 sampai konsep Rancangan KUHP 2008, tidak ada perbedaan signifikan. Tetapi bila dibandingkan dengan KUHP positif yang berlaku saat ini, terdapat penambahan pidana pengawasan dan pidana kerja sosial dalam jenis pidana pokok, penambahan pembayaran ganti kerugian dan pemenuhan kewajiban adat dan atau hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai pidana tambahan.

- 5) Pemenuhan kewajiban adat setempat dan /atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dari beberapa konsep Rancangan KUHP yang dikemukakan tersebut, dapat diketahui bahwa bentuk-bentuk sanksi pidana dalam tiap-tiap konsep ternyata memiliki persamaan dan perbedaan. Hal ini menunjukkan bahwa, formulasi pemidanaan khususnya penetapan sanksi pidana dalam Rancangan KUHP selalu mengalami perubahan dari waktu ke waktu. Dan mengingat saat ini, Rancangan KUHP masih dalam pengkajian²⁴⁵, perubahan pun masih akan terjadi sampai ditetapkannya Rancangan KUHP menjadi produk legislasi nasional. Adanya perubahan formulasi pemidanaan dari konsep awal sampai konsep terakhir menunjukkan bahwa masalah penetapan sanksi pidana dalam Rancangan KUHP selalu disesuaikan dengan politik hukum, keadaan, dan perkembangan kondisi kehidupan berbangsa dan bernegara.

Satu hal yang patut dicatat di sini adalah bahwa dalam berbagai konsep Rancangan KUHP tersebut tidak terlihat secara jelas adanya upaya untuk menguatkan penempatan aspek agama dalam posisinya yang layak dalam rangka mengisi cita hukum yang religious berdasarkan Pancasila yang berke-Tuhanan Yang Maha Esa. Aspek agama dalam Pembaharuan hukum pidana, hanya terlihat secara jelas dalam konsep Buku I KUHP Tahun 1968, konsep Tahun 1971/1972, dan Konsep Rancangan KUHP Tahun 1981 dari Tim Harris, Basaroeddin, dan Situmorang.

²⁴⁵ Saat ini, draft Rancangan KUHP berada di tangan Pemerintah untuk disiapkan sebagai salah satu program legislasi nasional tahun anggaran 2010-2014, sumber <http://www.bphn.go.id>, diakses tanggal 26 April 2010, jam 09.00 wib.

Dalam ketiga konsep tersebut itulah, aspek agama dijadikan sumber untuk menentukan bentuk sanksi, yakni pemenuhan kewajiban agama yang diposisikan sebagai salah satu jenis pidana tambahan. Ini berarti, bahwa aspek agama tidak hanya dianggap penting dalam menentukan suatu perbuatan pidana (kriminalisasi) tetapi juga dalam rangka menentukan jenis sanksi terhadap perbuatan pidana tersebut. Akan tetapi, dalam konsep Rancangan KUHP setelah itu, bentuk pidana pemenuhan kewajiban agama dihilangkan dari konsep.

Upaya menghilangkan jenis pidana pemenuhan kewajiban agama setelah dicantumkan sebelumnya sebagai pidana tambahan, apabila dilihat dari perspektif agama, perspektif pendekatan nilai dan kebijakan maka upaya ini merupakan kemunduran politik hukum pidana. selain itu, penghapusan jenis pidana kewajiban agama dari konsep Rancangan KUHP tidak didukung oleh dasar yang kuat. Hal ini dapat dilihat dari laporan lokakarya Pembaharuan hukum pidana, mengenai pertanyaan mengapa pemenuhan kewajiban agama dihilangkan dari konsep Rancangan KUHP, yang jawabannya hanya menyarankan agar Tim memberikan alasan-alasan/argumentasi mengenai tidak dimasukkannya pidana kewajiban agama, di dalam memori penjelasan²⁴⁶.

Pada kesempatan lain, Mardjono Reksodiputro²⁴⁷ menyatakan bahwa alasan kuat dan rasional bagi penghapusan pidana kewajiban agama adalah bahwa pengertian kewajiban agama sudah termasuk ke dalam pengertian kewajiban adat. Pernyataan ini mencerminkan dianutnya teori *receptie*²⁴⁸ oleh Tim penyusun

²⁴⁶ Laporan hasil Lokakarya, *Masalah Pembaharuan Kodifikasi Hukum Pidana Nasional, Buku I*, BPHN, 1982, hlm. 126.

²⁴⁷ Salah satu anggota Tim Pengkajian Bidang Hukum Pidana Badan Pembinaan Hukum Nasional tahun 1981, dan pernah menjadi Ketua Tim Penyusun Rancangan KUHP sejak 1987-1993.

²⁴⁸ Pernyataan ini merupakan refleksi yang mirip dengan teori *receptie* dari Snouck Hurgronje, bahwa agama (hukum Islam) baru dapat dikatakan hukum dan dijalankan apabila telah diakui sebagai dan menjadi hukum adat. Lihat Jimly Asshiddiqie, *op.cit.*, hlm. 49-50.

Rancangan KUHP. Padahal, eksistensi teori ini dalam rangka studi hukum di Indonesia, masih merupakan suatu kontroversi yang selalu diperdebatkan sampai sekarang. Dengan demikian, jelaslah bahwa penghapusan pidana kewajiban agama dari konsep Rancangan KUHP belum didukung oleh alasan yang kuat.

Namun demikian, pada dasarnya, sekalipun perumusan kewajiban agama sebagai bentuk pidana dalam Rancangan KUHP tetap dipertahankan, masih mengundang pertanyaan. Misalnya, bagaimana bentuk pidana yang dimaksudkan sebagai kewajiban agama? Apakah yang dimaksudkan adalah bentuk pidana sebagaimana misalnya formulasi pidana Islam? Pertanyaan-pertanyaan serupa itu pernah dikemukakan dan ditanggapi oleh Sudarto, bahwa "Ini tidak seluruhnya benar, sebab yang harus dilakukan oleh terpidana hanya ketentuan dari agamanya yang mengatur cara permohonan ampun kepada Tuhan Yang Maha Esa. Jadi bukanlah sanksi agama yang bersangkutan paut dengan perbuatan pidana yang harus dilaksanakan oleh terpidana"²⁴⁹. Dari pendapatnya Sudarto ini, diketahui bahwa dicantumkannya kewajiban agama sebagai rumusan bentuk pidana adalah berkaitan dengan masalah cara tobat permohonan ampun terpidana kepada Tuhan agar mendapat penghapusan dosa atau pembebasan rasa bersalah terpidana.

Dalam hal ini, perlu digarisbawahi dan dipahami bahwa dalam hukum Islam, pembebasan rasa bersalah atau pengampunan dosa terpidana atau cara bertobatnya terpidana adalah dengan cara menyadari kesalahan dan mengikhlaskan diri untuk dipidana sesuai ketentuan-ketentuan pidana dalam hukum Islam. Hal demikian telah dilakukan secara sadar oleh orang-orang yang terlanjur berbuat dosa/perbuatan pidana pada zaman Nabi saw dan generasi

²⁴⁹ Sudarto, *Suatu Dilema dalam Pembaharuan Sistem Pidana di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam bidang Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 21 Desember 1974, yang diterbitkannya pada tahun 1979, hlm. 25.

sesudah beliau (seperti Maiz dan Ghamidiyah dalam kasus perzinahan). Dengan tobatnya pelaku perbuatan pidana dan dilaksanakannya sanksi pidana, maka dosa terpidana telah diselesaikan di dunia. Di dalam beberapa ayat dan hadits telah dijamin dan dinyatakan bahwa terpidana yang bertobat dan melaksanakan pidananya secara ikhlas akan menghapuskan dosa pelaku kejahatan, sehingga pertanggungjawaban di akhirat menjadi gugur²⁵⁰.

Jika beralasan demikian, maka penghapusan kewajiban agama sebagai rumusan bentuk pidana dalam Rancangan KUHP dapat dipahami. Namun demikian, konsep penghapusan rasa bersalah terpidana sebagai tujuan pembedaan perlu dipahami sebagai keinginan para perancang untuk mengintegrasikan aspek agama ke dalam hukum pidana Indonesia. Selanjutnya, agar tercapai tujuan tersebut, mesti diiringi upaya transformasi hukum Islam ke dalam hukum pidana nasional. Aspek pidana dalam hukum Islam menjadi sumber penting, bukan hanya dalam menentukan perbuatan pidana melainkan juga dalam menentukan bentuk pidananya, sesuai formulasi pidana Islam. Hal ini penting, karena cita-cita hukum pidana nasional Indonesia didasarkan pada politik/kebijakan kriminal yang dilandasi oleh nilai-nilai keagamaan. Islam sebagai agama mayoritas masyarakat Indonesia, sangat perlu dijadikan bahan muatan bentuk pidana dalam Rancangan KUHP sebagai wujud aspiratif umat Islam terhadap nilai-nilai transenden agama Islam agar terpidana mendapat pengampunan Allah SWT.

²⁵⁰ Penghapusan dosa ini merupakan salah satu tujuan pembedaan dalam hukum Islam. Lihat hadits yang diriwayatkan oleh Bukhari dari Ubadah bin Samit, yang telah disebutkan di atas.

3.4 Formulasi Pidana Islam

Formulasi dalam tulisan ini bukan formulasi dalam arti hukum positif atau norma-norma yang telah ditetapkan dalam sebuah peraturan perundang-undangan. Formulasi Pidana Islam, yang dimaksudkan disini bukan juga formulasi pidana Islam dalam sebuah kodifikasi hukum pidana Islam atau dalam kompilasi hukum Islam, ataupun qanun (serupa dengan peraturan daerah seperti qanun di Aceh). Formulasi pidana Islam di sini maksudnya adalah ketentuan-ketentuan mengenai perbuatan pidana dan bentuk pidananya yang sesuai Al-Qur'an dan As-Sunnah.

Sebagaimana yang telah diuraikan terdahulu bahwa jenis pidana Islam dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah, secara garis besar terbagi dua yakni *had* dan *ta'zir*. Khusus *ta'zir* tidak akan diulas lagi karena bentuk pidana *ta'zir* identik dengan *kriminalisasi* dan *dekriminalisasi* atau *penalisasi* dan *depenalisasi* sesuai kebutuhan dan politik hukum suatu Negara. Ini artinya jenis-jenis pidana dalam Rancangan KUHP dapat diterima sebagai bagian dari jenis pidana *ta'zir*. Sedangkan jenis pidana *had* terdiri dari *hudud* dan *qishash* *Diyat*, sesuai dengan uraian terdahulu, berdasarkan Al-Qur'an dan *As-Sunnah* formulasi pidana Islam adalah sebagai berikut:

A. Untuk perbuatan pidana kategori *Hudud*, terdiri dari:

1. Zina, bentuk pidananya yaitu dera/jilid/cambuk seratus kali dan pengasingan/penjara selama setahun bagi pelaku bujang/gadis; bentuk pidana rajam bagi pelaku yang pernah kawin;
2. Qadzaf (menuduh palsu zina), ancaman pidananya yaitu pidana pokok berupa dera/jilid delapan puluh kali dan pidana tambahan berupa tidak diterimanya persaksian / pencabutan hak sebagai saksi;
3. Minum yang memabukan, ancaman pidananya dera/jilid sebanyak empat puluh kali;

4. Pencurian, ancaman pidananya yaitu amputasi tangan dan atau kaki;
5. Perampokan / gangguan keamanan, ancaman pidananya yaitu pidana mati, atau disalib, atau amputasi tangan dan kaki secara timbal balik, atau hukuman pengasingan;
6. Murtad, ancaman pidananya yaitu pidana pokok berupa pidana mati, pidana pengganti berupa ta'zir dan pidana tambahan berupa penyitaan harta benda dan hilangnya hak terpidana mengelola hartanya.
7. Pemberontakan, ancaman pidananya yaitu pidana mati;

B. Untuk perbuatan pidana kategori *Jinayah*, terdiri dari:

1. Pembunuhan sengaja, Bentuk pidana pokok adalah *qishash*, bila dimaafkan oleh ahli waris korban maka bentuk pidananya adalah *Diyat*. Jika *qishash* dan *Diyat* juga dimaafkan, maka pidana penggantinya adalah ta'zir dan *kiffarat*.
2. Pembunuhan menyerupai/semi sengaja, diancam pidana pokok berupa *Diyat* dan *kiffarat*, pidana pengganti berupa ta'zir dan *kiffarat*.
3. Pembunuhan karena kelalaian, diancam dengan pidana pokok berupa *Diyat* dan *kiffarat*, pidana pengganti berupa ta'zir dan *kiffarat*.
4. Penganiayaan sengaja dan Penganiayaan karena kesalahan (tidak sengaja) juga diancam *Diyat*.

Perlu dikemukakan bahwa, bentuk-bentuk pidana untuk perbuatan pidana pembunuhan dan penganiayaan, didasarkan pada Hadits yang diriwayatkan dari abu bakar bin Muhammad bin Amru bin Hazm dari ayahnya dari kakeknya, berkata, bahwa sesungguhnya Rasulullah saw telah menulis surat kepada penduduk Yaman, yang isinya "barang siapa terbukti membunuh seorang mukmin, maka ia dikenai *qarwad* (*qishash*), kecuali wali pihak yang terbunuh memaafkannya, maka *Diyat* dalam jiwa adalah 100 ekor unta; pada hidung yang terpotong dikenakan *Diyat*, pada lidah, dua bibir, dua buah pelir, pada penis,

tulang punggung, dua biji mata, semua ada *Diyat*nya, satu kaki setengah *Diyat*, ma'mumah (luka sampai selaput batok kepala) sepertiga *Diyat*, jaifah / luka dalam sepertiga *Diyat*, munaqqilah /luka sampai ke tulang dan mematahkannya 15 ekor unta, setiap jari kaki dan tangan 10 ekor unta, gigi 5 ekor unta, dan lelaki harus dibunuh karena membunuh perempuan, dan bagi pemilik emas 1000 dinar (HR. An-Nasai'). Berdasarkan hadits ini, bentuk pidana untuk perbuatan pidana pembunuhan adalah *qishash* atau *Diyat* sedangkan bentuk pidana untuk perbuatan pidana penganiayaan adalah *Diyat*, tidak yang lain (*qishash*).

Pidana *Diyat* terdiri dari dua jenis, yaitu *Diyat* berat dan *Diyat* biasa. *Diyat* berat berupa 100 ekor unta dan 40 ekor diantaranya bunting. *Diyat* berat dikenakan pada perbuatan pidana pembunuhan sengaja dan pembunuhan semi sengaja/tidak sengaja. *Diyat* ini dilaksanakan jika wali/keluarga korban meminta *Diyat* untuk menggugurkan *qishash*. Sementara *Diyat* biasa yakni 100 ekor unta saja, dikenakan terhadap perbuatan pidana pembunuhan tidak sengaja atau pembunuhan terjadi karena kelalaian/tidak dengan kesengajaan. Untuk perbuatan pidana penganiayaan berdasarkan keterangan yang kuat, bentuk pidana yang dikenakan adalah *Diyat*, yang pelaksanaanya sebagaimana hadits di atas.

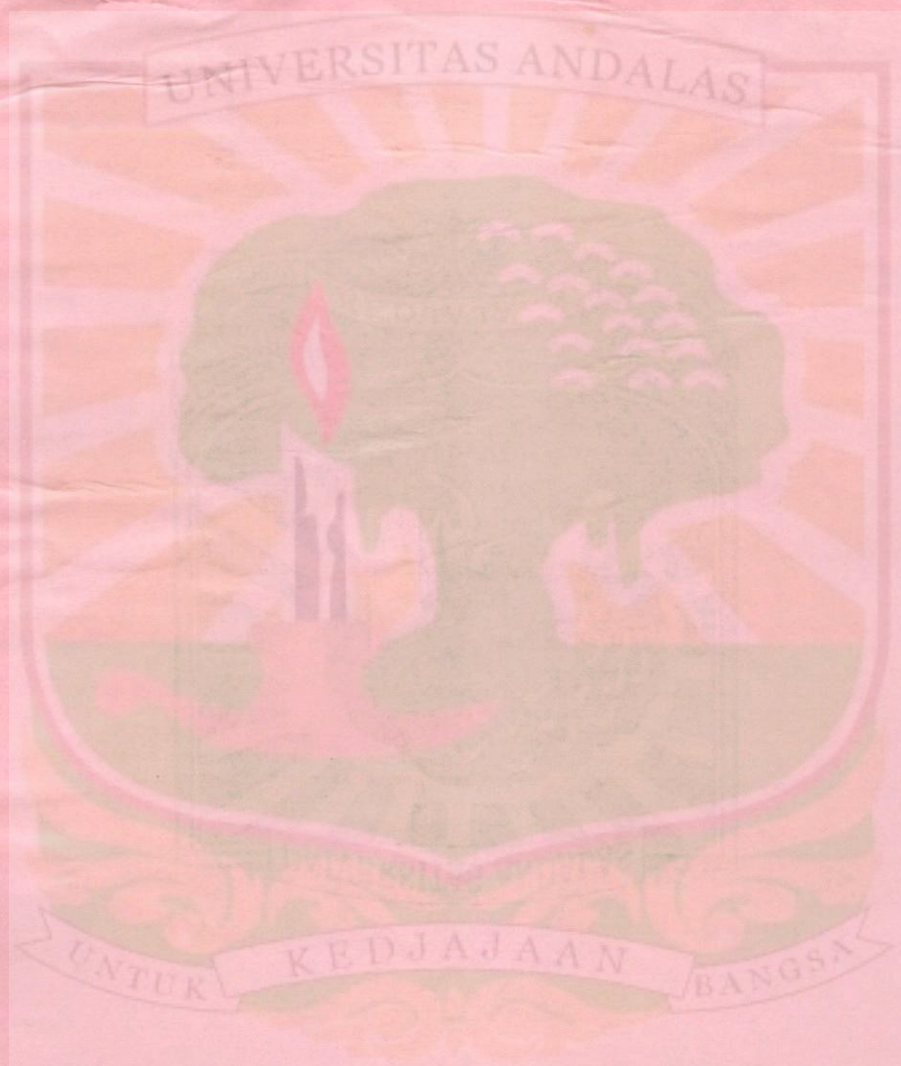
Diyat ini, dikenal juga dalam konsep Rancangan KUHP dengan sebutna pidana denda dan ganti kerugian. Dalam Rancangan KUHP, berdasarkan Pasal 65 ayat (1) huruf d dan Pasal 67 ayat (1) huruf d Rancangan KUHP, dikenal adanya pidana denda dan pidana ganti kerugian, masing-masing sebagai pidana pokok dan pidana tambahan. Dalam penjelasannya dikemukakan bahwa jenis pidana yang dapat dijatuhkan hakim hanya pidana penjara, pidana denda dan pidana mati. Jadi pidana denda merupakan jenis pidana pokok berupa sejumlah uang yang wajib dibayar oleh terpidana kepada Negara berdasarkan putusan

pengadilan. Dalam menjatuhkan pidana denda hakim wajib memperhatikan kemampuan terpidana secara nyata berkenaan dengan keadaan pribadi dan kemasyarakatannya (Pasal 81 Rancangan KUHP). Adapun pidana ganti kerugian dalam Rancangan KUHP, adalah sebagai pidana tambahan yang pelaksanaannya didasarkan pada keputusan hakim. Konsekwensi pidana tambahan adalah tidak dapat dipaksakan sebagai bentuk pidana sebagaimana pidana pokok, artinya penjatuhan pidana ganti kerugian dan besarnya ganti kerugian sepenuhnya berada pada kewenangan hakim²⁵¹.

Dengan demikian, jelaslah perbedaan *Diyat*/denda/ganti rugi dalam hukum Islam dengan denda dan ganti kerugian dalam Rancangan KUHP. Perbedaan ini menunjukkan bahwa konsep pidana dalam Rancangan KUHP lebih memperhatikan terpidana daripada korban sedangkan system sanksi pidana dalam hukum Islam memperhatikan keseimbangan antara terpidana dan korban tindak pidana. Perhatian yang seimbang antara korban kejahatan/perbuatan pidana dan terpidana dalam konseptual akan mengharmonikan hubungan sosial masyarakat dan sekaligus perlindungan masyarakat.

²⁵¹ Dalam putusan hakim dapat ditetapkan kewajiban terpidana untuk melaksanakan pembayaran ganti kerugian kepada korban atau ahli warisnya, untuk itu hakim menentukan siapa yang merupakan korban yang perlu mendapat ganti kerugian tersebut, jika ganti kerugian tidak dilaksanakan maka berlaku pidana penjara pengganti denda. Lihat Pasal 99 ayat (1) dan (2) Rancangan KUHP.





BAB IV

RELEVANSI SANKSI PIDANA ISLAM (*HUDUD*) DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

4.1 Pentingnya Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Selama ini dalam Pembaharuan hukum di Indonesia, bahan-bahan yang diambil senantiasa dan terutama berasal dari konsep-konsep dan pengalaman dari keluarga hukum *civil law* dan *common law*. Padahal kian lama, kian tampak bahwa masyarakat memerlukan sumber-sumber alternative yang berbeda dari kedua keluarga hukum itu, karena keterbatasan kedua keluarga hukum tersebut.

Bagi masyarakat Muslim, hukum Islam tentu memiliki tempat yang lebih tinggi karena hukum ini merupakan bagian dari integralitas ajaran Islam dan selaras dengan rasa keimanan. Di samping itu ada konsep-konsep khas dalam hukum pidana seperti peranan korban dalam sistem peradilan pidana (adanya pemaafan korban/ keluarganya terhadap pelaku), adanya *Diyat* dari pelaku kepada korban/ keluarganya, serta adanya jenis pidana ta'zir yang senantiasa dapat mengikuti perkembangan masyarakat (sehingga membantah anggapan bahwa hukum Islam itu ketinggalan jaman).

Bahwa Pembaharuan hukum pidana (pembentukan KUHP baru – *law substance reform*) dilaksanakan sesuai kebijakan hukum pidana (*penal policy*) dalam rangka menanggulangi kejahatan (*criminal policy*). Kebijakan criminal berkaitan dengan kebijakan sosial (*sosial policy*) yang lebih luas yakni upaya perlindungan masyarakat (*sosial defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan sosial (*sosial welfare*). Untuk memenuhi hal tersebut, Barda Nawawi Arief mengemukakan, bahwa kajian

terhadap hukum agama merupakan alternative yang sangat mendesak dalam Pembaharuan hukum pidana²⁵².

Pembaharuan hukum pidana bukan hanya menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, melainkan juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Dengan kata lain, pembentukan kitab undang-undang hukum pidana nasional sebagai *penal policy*, didasarkan pada alasan politis/filosofis, praktis, adaptif dan alasan sosiologis.

Dalam konsideran Rancangan KUHP disebutkan bahwa pembentukan kitab undang-undang hukum pidana nasional dimaksudkan untuk menggantikan *wetboek van strafrecht* peninggalan pemerintah colonial Belanda dengan materi muatan hukum yang disesuaikan dengan politik hukum, keadaan dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara. Materi muatan hukum yang ditransformasikan dalam undang-undang hukum pidana nasional menjadi sarana *penal* dalam upaya penanggulangan kejahatan yang efektif dan efisien guna perlindungan dan kesejahteraan masyarakat.

Stelsel pidana merupakan hal pokok dalam pembentukan hukum pidana nasional yang berkaitan dengan efektifitas penanggulangan kejahatan guna perlindungan dan kesejahteraan masyarakat. Hukum pidana Islam memiliki bentuk-bentuk pidana yang telah teruji secara empiris mampu menekan tingkat kejahatan di beberapa Negara yang menerapkannya. Sebagai bagian dari hukum yang hidup dalam masyarakat, pidana Islam merupakan salah satu sumber transformasi hukum dalam pembentukan kitab undang-undang hukum pidana nasional, sesuai dengan landasan filosofis, yuridis dan sosiologis.

²⁵² Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum.. op.cit.*, hlm 118.

Relevansi sanksi pidana Islam dalam pembentukan hukum pidana Indonesia diukur dari alasan tersebut di atas, sejauh mana sanksi pidana Islam memenuhi alasan-alasan tersebut. Seperti telah diuraikan di atas, secara teoritis dan empiris, pidana Islam mampu dan memenuhi landasan dan alasan pembentukan kitab undang-undang hukum pidana²⁵³.

Pembentukan kitab undang-undang hukum pidana nasional, merupakan program legislasi nasional tahun anggaran 2010-2014²⁵⁴. Dalam proses legislasi, hukum pidana sebagai salah satu dari lingkup hukum publik, transformasi materi hukum yang parsial tidak secara langsung menjadi hukum positif. Pada tahap formulasi, pembentukan hukum membutuhkan sumber materil yang pluralistik mengingat secara sosiokultural Indonesia terdiri dari beragam etnis, agama dan kewarganegaraan.

Aspek hukum pidana dalam Islam, yang dianut bagian terbesar masyarakat Indonesia, menjadi sumber materil pembentukan hukum pidana nasional. Bahkan menurut beberapa pihak, pidana Islam sebagai sumber materil pembentukan hukum pidana bukan hanya kebutuhan melainkan keharusan atau kemutlakan²⁵⁵. Kemutlakan ini didasarkan sekurang-kurangnya pada tiga dasar, yaitu *filosofis, yuridis dan sosiologis*²⁵⁶.

Secara filosofis, penekanan dan penegasan substansial norma agama Islam khususnya formulasi pidana Islam melahirkan sikap epistemologis yang memberi sumbangan besar bagi pertumbuhan kesadaran hukum masyarakat yang dilandasi

²⁵³ Secara lengkap lihat Jimly Asshiddiqie, *op.cit.*, hlm. 158-216. Zainuddin Ali, *op.cit.*, hlm. 122-130. Asmawi, *op.cit.*, hlm. 15-19. Sam Souryal., *op.cit.*, hlm.266-286. Topo Santoso, *op.cit.* hlm. 98-138. Muhammad Amin Suma et.all, *Pidana Islam di Indonsia, peluang, prospek dan tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2001, hlm. 225-237.

²⁵⁴ Saat ini draft RUU Kitab Undang-undang Hukum Pidana berada di tangan pemerintah sebagai program legislasi nasional tahun anggaran 2010-2014 yang berada pada urutan ke 42, sumber dari <http://www.bphn.go.id>. diakses tanggal 23 Juni 2010 jam 14.56 wib.

²⁵⁵ Abdul Gani Abdullah, dalam Muhammad Amin Suma, *et.all, op.cit.*, hlm. 241.

²⁵⁶ Abdul.Gani Abdullah, *ibid*.

pandangan hidup, cita moral, dan cita hukum dalam kehidupan sosiokultural masyarakat Indonesia. Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa, cita-cita hukum bangsa Indonesia, dan landasan filosofis bangsa Indonesia menjadi sumber segala tata hukum di Indonesia²⁵⁷. Sila Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan jiwa dan landasan utama bagi setiap peraturan hukum di Indonesia.

Secara yuridis, amanat konstitusional yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 hasil amandemen, menghendaki Negara menciptakan tata hukum atau peraturan perundang-undangan untuk mewujudkan rasa keadilan masyarakat berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa²⁵⁸. Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagai sila Pancasila menurut Mochtar Kusuma Atmadja, memberi amanat bahwa produk hukum nasional tidak boleh ada yang bertentangan dengan agama.

Secara sosiologis, hukum pidana Islam pernah diterapkan di Indonesia²⁵⁹ dan sejarah masyarakat Islam Indonesia menunjukkan bahwa cita dan kesadaran hukum keIslaman memiliki tingkat aktualitas yang berkesinambungan. Hingga saat ini aspirasi masyarakat Islam tidak pernah berhenti untuk mewujudkan hukum nasional yang bersumber pada hukum Islam. Dengan kata lain, masyarakat Islam tidak pernah berhenti memberikan kontribusinya dalam mewujudkan program legislasi nasional yang Islami. Selain itu, fenomena perjalanan sejarah hukum nasional sarat dengan muatan religiusitas yang pada

²⁵⁷ Lihat Tap MPR Nomor III/MPR/2000 juncto Pasal 2 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

²⁵⁸ Lihat juga Pasal 2 ayat (1) jo Pasal 5 ayat (1) jo Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, mengisaratkan keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa (aspek agama dominan). Demikian juga tercantum dalam Undang-Undang kekuasaan kehakiman sebelumnya yakni UU No. 4/2004 jo UU No. 14/1970 tentang pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman. Ketentuan ini sesuai dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

²⁵⁹ Lihat Achmad Fauzi (hakim di Pengadilan Agama Balik Papan), *Sejarah Penerapan Pidana Islam di Indonesia*, Lintas Berita, <http://www.lintasberita.com>, dapat juga dilihat di <http://www.pa-balikpapan.net>, diakses tanggal 28 April 2010 jam, 17.20 wib.

akhirnya memberi ciri dan membentuk *cultural religius* bangsa Indonesia. Karena itu, sudah seharusnya hukum yang kolonialistis tidak menjadi satu-satunya sumber materil pembentukan kitab undang-undang hukum pidana nasional.

Kemudian dari itu, hal yang penting dari pidana Islam untuk diadopsi oleh Rancangan KUHP adalah mengenai pidana *hudud*. Urgensinya pidana *hudud* untuk diadopsi ke dalam Rancangan KUHP, paling tidak didasarkan pada tiga argumentasi, yaitu alasan agamis, alasan yuridis, dan alasan akademis.

Alasan agamis, bahwa pidana Islam merupakan bagian dari sistem hukum Islam yang bersumber pada Al-Qur'an, *As-Sunnah* dan akal manusia (*ra'yu*)²⁶⁰. Setiap penetapan hukum (*legislasi*), penerapan hukum (*aplikasi*) dan pelaksanaan hukum (*eksekusi*), selalu mengacu pada sumbernya dalam Al-Qur'an. Jika tidak ditemukan dalam Al-Qur'an cari dalam *As-Sunnah*/Hadits, jika dalam kedua sumber tadi tidak ditemukan juga maka akal manusia (*ra'yu*) berperan menetapkan hukum melalui *ijtihad*. Firman Tuhan menyebutkan, "sesungguhnya kami telah menurunkan Kitab kepadamu dengan membawa kebenaran, supaya kamu mengadili antara manusia dengan apa yang telah Allah wahyukan kepadamu"²⁶¹.

Masalah pidana dalam hukum Islam, bukan hanya masalah sosial kemasyarakatan yang mengandung aspek hukum (*legal*) saja, tetapi juga mengandung aspek agama (*religious*). Sehingga kebijakan pidana untuk menyelesaikan masalah-masalah perbuatan pidana sebagai upaya kebijakan kriminal juga harus mengandung dua aspek tersebut. Berdasarkan nilai-nilai

²⁶⁰ Berdasarkan QS. An Nisaa / 4 : 59 dan hadits yang diriwayatkan oleh Muadz bin Jabal.

²⁶¹ QS. An Nisaa / 4 : 105. Lihat juga QS. Al Maidah / 5 : 50, yang artinya "apakah hukum jahiliyah yang mereka kehendaki, hukum siapakah yang lebih baik daripada hukum Allah bagi orang-orang yang yakin". Penegasan juga terdapat dalam QS. An Nisaa/4 : 65, yang artinya "maka demi Tuhanmu, mereka tidak beriman kecuali menjadikan kamu hakim (berhukum kepadamu) dalam urusan mereka". Saat itu Muhammad SAW mengadili urusan kemasyarakatan berdasarkan AlQuran dan AsSunnah, apabila masyarakat tidak menjadikan alQuran dan asSunnah sebagai sumber hokum maka mereka dikategorikan sebagai umat tidak memiliki keimanan.

transenden tersebut, umat Islam mempunyai kewajiban untuk melaksanakan hukum-hukum Allah secara *kaffah*²⁶². Dalam hubungannya dengan Pembaharuan hukum pidana nasional, umat Islam memiliki kesempatan awal untuk melaksanakan kewajiban itu, melalui transformasi pidana Islam dalam Rancangan KUHP. Berhubung upaya transformasi dan adopsi pidana Islam berada pada tahap formulasi/legislasi, maka kewajiban itu terutama melekat pada umat Islam yang berada di lembaga legislative dan eksekutif yang memiliki kewenangan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan.

Secara yuridis, alinea ketiga Pembukaan UUD RI Tahun 1945, menyebutkan “atas berkat Rahmat Allah Yang Maha Kuasa....., maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaanya”. Pasal 1 ayat (3) UUD RI Tahun 1945 amandemen ke-3, menegaskan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum. Pasal 29 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 yang berbunyi Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Jika dikaitkan bunyi alinea ketiga Pembukaan, Pasal 1 Ayat (3) dan Pasal 29 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 tersebut, maka negara hukum yang dimaksud adalah negara hukum yang berpadu dengan agama bukan Negara hukum yang memisahkan / mengasingkan agama dari wilayah hukum (sekuler)²⁶³. Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menyatakan bahwa peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Pasal 5 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009, menyatakan “hakim dan hakim konstitusi wajib menggali,

²⁶² *Kaffah* artinya secara menyeluruh (totalitas), sebagaimana firman Allah dalam QS. Al-Baqarah /2 ayat 208, lihat *AlQur'an dan Terjemahnya*, op.cit., hlm. 50.

²⁶³ Lihat selengkapnya mengenai hubungan antara agama, Negara dan hukum, dalam Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum, suatu studi tentang prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, implementasinya pada periode Negara Madinah dan masa kini*, Kencana, Jakarta, 2004, hlm. 25-82.

mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat" (salah satunya agama-pen).

Berdasarkan beberapa ketentuan tersebut, secara yuridis diakui bahwa aspek agama mendapat tempat yang utama dalam sistem hukum nasional. Aspek agama dalam pembentukan sistem hukum nasional sudah bukan kebutuhan lagi melainkan suatu kemutlakan yang legalistic dan aspiratif. Namun begitu, kemutlakan tersebut harus dilakukan secara hati-hati karena diantara agama yang dianut oleh masyarakat Indonesia, ada agama yang tidak bisa diceraipisahkan dari hukum. Pembentukan sistem hukum nasional dengan mengadopsi hukum agama mesti direalisasikan dengan wawasan dan kebijakan yang jelas²⁶⁴. Pidana Islam sebagai bagian dari aspek agama, secara yuridis diakui sebagai sumber materil dalam pembentukan sistem hukum nasional termasuk juga hukum pidana.

Dalam hubungannya dengan Pembaharuan hukum pidana nasional, pidana Islam telah dijadikan sebagai sumber transformasi hukum dalam Rancangan KUHP, disamping hukum adat dan hukum barat. Seyogyanya, transformasi hukum pidana Islam ke dalam Rancangan KUHP tersebut dilakukan tidak hanya dalam menentukan perumusan delik/tindak pidana/*jarimah* (*kriminalisasi*), tetapi juga dalam menentukan jenis sanksi pidananya/*uqubah* (*penalisasi*). Ini perlu disadari, karena pidana Islam sebagai salah satu aspek hukum dari agama Islam yang dianut mayoritas masyarakat Indonesia, disamping mengatur perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana juga mengatur bentuk-bentuk sanksi pidana yang efektif, variatif dan berbeda dengan hukum adat atau pun hukum barat.²⁶⁵

²⁶⁴ Lihat Mohammad Daud Ali, *op.cit.*, hlm. 240-241.

²⁶⁵ Perbedaan terlihat sekali jika dibandingkan dengan hukum pidana barat yang dianggap sebagai modern karena ditopang dengan dan menerapkan teori-teori pidana modern. Perbedaan mencolok antara hukum (pidana) Islam dan hukum pidana modern terletak pada pendekatan yang digunakan dalam merumuskan sanksi pidana, yaitu dalam hukum pidana modern, sanksi pidana dilihat terlepas dari bentuk atau jenis kejahatannya, sedangkan dalam

Secara akademis, bidang pidana Islam sudah mengalami perjalanan panjang sebagai bahan kajian baik oleh perorangan atau pun kelompok dalam pertemuan ilmiah, baik di tingkat nasional maupun internasional. Hasilnya adalah bahwa pidana Islam sangat urgen dan relevan dalam Pembaharuan hukum pidana bahkan rekomendasi pemberlakuan hukum pidana Islam secara utuh di Negara-negara muslim. Berikut dikemukakan beberapa hasil pertemuan tersebut:

1. Konferensi internasional pertama tentang perlindungan HAM dalam sistem hukum pidana Islam, tanggal 28-31 Mei 1979, diselenggarakan oleh Lembaga Internasional Pengkajian Tinggi Ilmu Hukum Pidana di Siracusa, Italia, dan diikuti oleh 55 orang pakar/ahli hukum pidana dari 18 negara. Hasil dari pertemuan itu antara lain mengemukakan bahwa hukum, agama dan moral sebagai satu kesatuan yang tak dapat dipisahkan dalam kehidupan bernegara; transformasi materi dari hukum pidana Islam merupakan kebutuhan serta apresiasi yang tepat bagi legislasi hukum pidana dengan menyeimbangkannya dengan doktrin hukum Islam tentang HAM. Keputusan dari konferensi itu, adalah para peserta sepakat secara bulat mendukung resolusi yang dihasilkan dari konferensi tersebut²⁶⁶.
2. Pertemuan internasional mengenai eksistensi hukum pidana Islam dalam era globalisasi, tanggal 26-28 Mei 2005, di Islamabad, Pakistan. Pertemuan ini antara lain mengemukakan bahwa secara factual dari 44 negara yang mayoritas penduduknya muslim, hanya 10 negara saja yang mendeklarasikan Negara Islam, seperti Iran dan Arab Saudi. Namun hebatnya di Negara

hukum (pidana) Islam, formulasi sanksi pidana dikaitkan dengan objek yang diancam dan jenis kejahatan yang dilakukan tersangka. Oleh karena itu, sistem hukum (pidana) Islam secara mudah dapat memberikan perhatian yang seimbang kepada pelaku (tersangka, terdakwa, terpidana) dan masyarakat (korban kejahatan). Lihat Jimly Ashshiddiqie, *op.cit.*, hlm. 252-253.

²⁶⁶ Tahir Mahmood, *Criminal law reform in moslem countries*, Makalah disampaikan pada workshop internasional hukum pidana Islam di Dewan Ideologi Islam, Pakistan, tanggal 26-28 Mei 2005, diakses dari <http://www.asmarwi.net/>, tanggal 12 April 2010 jam 10.20 wib.

tersebut (terutama Arab Saudi) yang memberlakukan hukum syariah (hukum pidana Islam) tingkat kejahatannya sangat rendah dibandingkan negara-negara mayoritas muslim yang tidak memberlakukan syariat; hingga saat ini, hukum pidana Islam masih dapat bekerja secara efektif namun mengapa di banyak negara yang mayoritas muslim tidak diberlakukan hukum pidana Islam, hanya satu jawabannya yaitu karena "*colonialism radically disrupted the sistem of classical Islamic law*"²⁶⁷. Hasil final dari pertemuan ini antara lain, disimpulkan bahwa pemberlakuan hukum pidana Islam merupakan kebijakan yang rasional di Negara muslim; dan agar legislasi hukum pidana Islam dalam bentuk terkodifikasi di Negara-negara muslim, seperti Huduud Ordinance 1979 di Pakistan atau *Islamic Penal Code* di Iran.²⁶⁸

3. Beberapa hasil seminar hukum nasional, antara lain resolusi butir 8 hasil seminar hukum nasional tahun 1963, bahwa hukum agama dan hukum adat dijalinkan dalam KUHP; Angka II Laporan Simposium Hukum Pidana Nasional Tahun 1980, bahwa usaha Pembaharuan hukum pidana harus didasarkan pada politik hukum dan politik kriminal yang mencerminkan aspirasi nasional, dalam hubungan ini, proses Pembaharuan tersebut haruslah melalui penelitian dan pengkajian yang mendalam tentang hukum pidana adat dan agama yang hidup dalam masyarakat Indonesia.²⁶⁹
4. Menurut Peter, seluruh warisan hukum Islam merupakan bahan baku bersamaan dengan hukum barat, hukum adat dan lainnya dalam sistem hukum nasional, namun penerapannya harus dalam proses demokratisasi; hukum

²⁶⁷ Joseph Lowry, seorang ahli hukum Islam dari university of Pennsylvania dalam Andrea Useem, *Can Islamic Law work to Day*, artikel dari <http://www.charlotte.com>, diakses dari tanggal 8 Januari 2010 jam 09.45 wib.

²⁶⁸ Dari website <http://www.cii.gov.pk/>, dan <http://www3.interscience.wiley.com/journal> dan <http://www.iranhrdc.org/>, diakses tanggal 10 Januari 2010. Jam 14.50 wib.

²⁶⁹ Lihat Barda Nawawi Arief, *Pendekatan Religius.....loc.cit.*, lihat juga Asmawi, *op.cit.*, hlm. 16-17.

kriminal Islam sebenarnya memberikan sumbangan etik yang sangat tinggi terhadap hukum kriminal modern barat, tapi sayangnya tidak dikembangkan lebih lanjut, dan justeru dihambat perkembangannya dan digantikan secara total oleh hukum barat di masa lalu. Ke depan tidak dapat diabaikan kemungkinan memunculkan lagi hukum kriminal Islam dengan menyelaraskan dengan prinsip-prinsip HAM.²⁷⁰

5. Ahmad suaedy, dalam perspektif perubahan dan masyarakat, munculnya pemberlakuan hukum syariah terutama bidang muamalah dan kriminal merupakan bagian dari tuntutan hak atas budaya sendiri dalam kerangka dominasi budaya modern barat, ia merupakan kelanjutan historis dari tuntutan kemerdekaan, nasionalisme, dan pertarungan ideology di masa lalu dan sekarang bukan hanya dalam kerangka berbasiskan ideology Islam atau timur dan barat, melainkan juga sistem yang terbangun di Negara sendiri bentukan masa lalu dimana barat menjadi unsur dominan.²⁷¹

Dari uraian tersebut, semakin jelas bahwa transformasi hukum agama dalam Pembaharuan sistem hukum nasional merupakan suatu kemutlakan dengan diiringi penyesuaian dengan kebutuhan dan perkembangan kehidupan bangsa Indonesia. Dalam hubungan ini, pidana Islam dapat diadopsi ke dalam Rancangan KUHP, baik mengenai perbuatan pidana maupun jenis pidananya²⁷².

²⁷⁰ Lihat lengkap Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law, Theory and Practice from the sixteenth to the twentyfirst century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 174-185.

²⁷¹ Lengkapnya lihat Ahmad Suaedy, *Syariat Islam dan Tantangan Demokrasi di Indonesia*, Makalah dipresentasikan pada Konferensi ke-9 Asosiasi Sosiologi se Asia Pasifik, di Kuta, Bali tanggal 13-15 Juni 2009, hlm. 1-6.

²⁷² Adopsi jenis pidana Islam ini, agar sesuai dengan pertimbangan pengaturan pidanaan yakni untuk mengefektifkan pengaruh prevensi umum khususnya bagi perbuatan pidana yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat, selain itu, juga untuk mencapai tujuan pidanaan penghapusan rasa bersalah terpidana. Lihat dasar pertimbangan pengaturan sistem pidanaan dalam penjelasan Rancangan KUHP 2008, hlm. 193.

4.2 Formulasi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Selanjutnya, yang menjadi persoalan adalah bagaimana formulasi pidana Islam tercermin dalam Pembaharuan hukum pidana Indonesia, dengan kata lain bagaimana formulasi pidana Islam menjadi bagian meteri hukum dalam pembentukan kitab undang-undang hukum pidana. Perlu diingat bahwa penetapan jenis sanksi pidana sebagai formulasi pidana Islam dapat digambarkan sebagaimana tabel berikut:

Tabel 1
Formulasi Pidana Islam

KATEGORI	PERBUATAN PIDANA	JENIS PIDANA
<i>Had / Hudud</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Zina 2. Tuduhan palsu zina (<i>qadzaf</i>) 3. Pencurian (<i>sariqah</i>) 4. Perampokan/gangguan keamanan/kerusakan (<i>hirabah</i>) 5. Minum memabukan (<i>shrub al khamr</i>) 6. Pemberontakan (<i>baghy</i>) 7. Murtad (<i>riddah</i>) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dicambuk 100 kali dan penjara setahun atau rajam 2. Dicambuk 80 kali dan dicabut hak sebagai saksi 3. Amputasi tangan dan atau kaki 4. Pidana mati atau disalib atau Amputasi tangan dan kaki, atau diasingkan / dibuang dari negeri/ penjara 5. Dicambuk sampai 80 kali 6. Pidana mati 7. Pidana mati
<i>Jinayat/Qishash-Diyat</i>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pembunuhan sengaja 2. Pembunuhan tidak sengaja/ karena kelalaian 3. Penganiayaan 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Qishash atau <i>Diyat</i> atau ta'zir 2. <i>Diyat</i> dan <i>kiffarat</i>. 3. <i>Diyat</i>
<i>Ta'zir</i>	Sesuai kondisi, kebutuhan, dan kebijakan Negara untuk melakukan <i>kriminalisasi</i>	Sesuai kondisi, kebutuhan, dan kebijakan Negara untuk melakukan <i>penalisasi</i>

Sumber : Data diambil dari berbagai sumber

Dari tabel tersebut dan uraian yang dikemukakan sebelumnya di atas, dapat dikemukakan bahwa terdapat beberapa pilihan bentuk pidana yang relevan untuk dijadikan muatan hukum dari pembentukan kitab undang-undang hukum pidana Indonesia. Sebagaimana disebutkan di atas, bentuk-bentuk / jenis pidana dalam Islam dirinci sebagai berikut:

1. Pidana *Had/hudud*, terdiri dari:

a. Pidana atas jiwa, yaitu:

- 1) Pidana mati
- 2) Pidana salib
- 3) Pidana rajam

b. Pidana atas anggota badan, yaitu:

- 1) Pidana amputasi tangan dan atau kaki
- 2) Pidana amputasi tangan dan kaki
- 3) Pidana jilid/cambuk
- 4) Pidana pemukulan/penamparan

c. Pidana atas kemerdekaan, yaitu:

- 1) Pidana pembuangan / pengusiran / pengasingan
- 2) Pidana penjara / kurungan

d. Pidana atas harta kekayaan, berupa:

- 1) Pidana *Diyat*
- 2) Pidana perampasan / penyitaan harta

2. Pidana *qishash Diyat/jinayat*, terdiri dari :

- a. Pidana mati (*qishash* atas jiwa);
- b. Pidana pelukaan / imbalan fisik (*qishash* atas anggota badan);
- c. Pidana denda atas jiwa (*Diyat* atas jiwa);

d. Pidana denda atas penganiayaan (*Diyat* atas pelukaan).

3. Pidana *ta'zir*, terdiri dari :

- a. *Ta'zir* sebagai pidana tambahan yang memberikan pengajaran melalui pemberatan bentuk pidana dari yang telah ditentukan, dapat berupa, pemukulan/penamparan, penjara/kurungan, bahkan pidana mati sekalipun.
- b. *Ta'zir* sebagai pidana yang merefleksikan adanya peluang bagi hakim, dan bagi pembentuk undang-undang untuk melakukan ijtihad atas bentuk pidana (melakukan kriminalisasi atau penalisasi) sesuai politik hukum dan kemashlahatan umum.

Dari segi konsep, hakikatnya bentuk-bentuk pidana tersebut di atas, mirip seperti bentuk-bentuk pidana yang dirumuskan dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) nasional. Adapun rumusan bentuk-bentuk pidana dalam Rancangan KUHP²⁷³, dimuat dalam Pasal 65, Pasal 66, dan Pasal 67, sebagai berikut:

- a. Pidana pokok terdiri dari:
 - 1) Pidana penjara
 - 2) Pidana tutupan
 - 3) Pidana pengawasan
 - 4) Denda
 - 5) Kerja sosial
- b. Pidana khusus yang diancamkan secara alternative yakni pidana mati
- c. Pidana tambahan terdiri dari:

²⁷³ Yang digunakan adalah Draft Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Tahun 2008, yang program legislasi 2010-2014.

1. Pencabutan hak tertentu
2. Perampasan barang tertentu dan atau tagihan
3. Pengumuman putusan hakim
4. Pembayaran ganti kerugian

Jika dilihat dari segi objek atau sasaran pidana, maka rumusan bentuk-bentuk pidana dalam Rancangan KUHP, dapat dikelompokkan menjadi:

1. Pidana atas jiwa, yakni pidana mati;
2. Pidana atas badan, yakni pidana kerja sosial
3. Pidana atas harta, yakni denda, perampasan barang tertentu, dan pembayaran ganti kerugian.
4. Pidana atas kemerdekaan, yakni pidana penjara, pidana tutupan, pidana pengawasan, pencabutan hak tertentu.

Dengan demikian dalam Rancangan KUHP terdapat rumusan jenis sanksi pidana yang sesuai/relevan dengan sanksi pidana dalam Hukum Islam, yaitu:

Tabel 2
Jenis Pidana dalam Hukum Islam dan Rancangan KUHP

SANKSI PIDANA ISLAM	SANKSI PIDANA RKUHP	SANKSI PIDANA YANG RELEVAN
1. Pidana mati	1. Pidana mati (khusus)	1. Pidana mati
2. Pidana salib	2. Pidana penjara	2. Pidana penjara
3. Pidana rajam	3. Pidana tutupan	3. Pidana denda
4. Pidana amputasi tangan dan atau kaki	4. Pidana pengawasan	4. Pencabutan hak
5. Pidana amputasi tangan dan kaki	5. Denda	5. Perampasan barang
	6. Kerja sosial	6. Pembayaran ganti kerugian
	7. Pencabutan hak - hak tertentu	
6. Pidana jilid/cambuk	8. Perampasan barang dan atau tagihan	

7. Pidana pemukulan	9. Pengumuman putusan hakim	
8. Pidana pembuangan /pengasingan	10. Pembayaran ganti kerugian	
9. Pidana penjara / kurungan		
10. Pidana <i>Diyat</i>		
11. Pidana perampasan /penyitaan harta		
12. Kiffarat (membebaskan budak atau puasa dua bulan berturut-turut)		
13. Pencabutan hak sebagai ahli waris		
14. Pencabutan hak sebagai saksi		

Sumber : data diambil dari berbagai sumber.

Dari tabel di atas, dapat diketahui bahwa dalam Rancangan KUHP terdapat enam jenis pidana yang sama dengan jenis pidana dalam Hukum Islam yang karenanya relevan diadopsi dalam Pembaharuan hukum pidana nasional. Apabila dianalisa dan dihubungkan antara bentuk pidana dalam hukum Islam dan bentuk pidana dalam rumusan Rancangan KUHP, kita dapat menemukan hal-hal sebagai berikut:

1. Mengenai pengelompokan bentuk pidana

Dalam sistem pidana Islam, terdapat pengelompokan bentuk pidana menjadi pidana *qishash* dan *diyat*; pidana *had* dan pidana *ta'zir*. Pengelompokan bentuk pidana ini didasari atas kualifikasi jenis-jenis perbuatan pidana/kejahatan/*jarimah*. Yakni, jenis kejahatan atas jiwa dan badan diancam dengan *qishash* dan *Diyat*, sedangkan kejahatan lainnya,

misalnya kejahatan atas harta, kesusilaan, keamanan diancam dengan pidana *had* atau *ta'zir*.

Khusus pidana *qishash* dan *Diyat*, secara historis merupakan tradisi pidana sebelum Islam, yakni *qishash* tradisi kaum yahudi, dan *Diyat* tradisi kaum nasrani²⁷⁴. Kemudian Islam mengembangkan, memperhalus dan menyelaraskan jenis pidana ini sesuai dengan kebutuhan zaman dan rasa keadilan masyarakat. Sedangkan pidana *had/hudud* dan *ta'zir* dapat disebut sebagai ketentuan pidana yang diperkenalkan dan dikembangkan oleh Islam.

Pidana *had/hudud* diancamkan terhadap perbuatan pidana sebagaimana disebutkan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* yang jumlahnya terbatas, yaitu perbuatan pidana perzinahan, tuduhan palsu zina, pencurian, perampokan, gangguan keamanan, pemberontakan dan pemurtadan. Sedangkan pidana *ta'zir* tidak terbatas lingkupnya, yakni sepanjang sesuai dengan kebutuhan demi perlindungan dan kesejahteraan masyarakat. Maksudnya pidana *ta'zir* diancamkan terhadap perbuatan pidana diluar *hudud* dan *jinayat/qishash*, perbuatan pidana apa saja yang sesuai dengan politik hukum Negara dalam rangka penaggulangan kejahatan. Dari segi sasarannya, bentuk pidana Islam dibagi menjadi pidana pokok, pidana pengganti, pidana tambahan.

Sedangkan dalam Rancangan KUHP, pengelompokan bentuk pidana tidak ada didasarkan pada jenis atau kualifikasi kejahatan. Pengelompokan bentuk pidana dalam Rancangan KUHP hanya

²⁷⁴ Lihat selengkapnya dalam Muhammad Khudhari Beik, *Tarikh al Tasyri' al Islamy* (Sejarah Pidana Islam), Tijariyatul Qubra, Kairo-Mesir, 1954, hlm. 18-22.

didasarkan pada hubungan antara bentuk-bentuk pidana itu sendiri²⁷⁵, yaitu pidana pokok, pidana alternative khusus dan pidana tambahan. Pidana pokok merupakan pidana utama yang diancamkan terhadap perbuatan pidana. Namun dalam Rancangan KUHP, kelompok pidana pokok yang banyak diancamkan terhadap perbuatan pidana adalah bentuk pidana penjara, denda dan atau pidana mati. Sementara pidana tutupan, pidana pengawasan termasuk kerja sosial pada dasarnya hanya merupakan suatu cara pelaksanaan pidana sebagai alternative dari pidana penjara. Khusus pidana mati, merupakan pidana paling berat, dan selalu diancamkan secara alternative dengan bentuk pidana lain yaitu pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 tahun. Sementara pidana tambahan dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok sebagai pidana yang berdiri sendiri atau dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan yang lain.

2. Mengenai pidana mati

Dalam Pasal 66 Rancangan KUHP disebutkan bahwa pidana mati merupakan pidana pokok yang bersifat khusus dan selalu diancamkan secara alternative. Pidana mati dicantumkan dalam pasal tersendiri untuk menunjukan bahwa jenis pidana ini merupakan jenis pidana paling berat dan benar-benar bersifat khusus. Penerapannya, selalu diancamkan secara alternative dengan jenis pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 tahun. Ini artinya, pidana mati diupayakan sedemikian rupa sehingga tidak mudah diterapkan dan dijatuhkan hakim dalam setiap

²⁷⁵ Ini dapat dilihat dari bunyi Pasal 65 ayat (2) Rancangan KUHP, bahwa urutan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menentukan berat ringannya pidana.

perbuatan pidana yang diancam dengan pidana mati. Yang menjadi pertimbangannya yaitu bahwa pidana mati dewasa ini dianggap tidak lagi mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat modern karena menyerahkan ketentuan mengenai kehidupan individu manusia ke tangan hakim²⁷⁶. Jenis-jenis pidana tersebut pada dasarnya tidak jauh berbeda dengan jenis-jenis pidana yang dianut dalam KUHP saat ini, paradigma yang dianut dalam merumuskan pemidanaan juga tidak begitu jelas, apakah retributive, restorative atau utilities²⁷⁷. Dalam pidana Islam, penetapan ancaman pidana mati terhadap suatu perbuatan pidana bukan berarti didasarkan atau berpandangan retributive semata melainkan juga sebagai pencegahan/prevensi umum.

3. Mengenai pidana ganti rugi dan *Diyat*

Sesuai dengan pandangan restorative yang memperhatikan kepentingan korban, dalam Rancangan KUHP telah dicantumkan pidana pembayaran ganti kerugian. Pembayaran ganti kerugian dirumuskan dalam Pasal 67, sebagai pidana tambahan bukan pidana pokok. Tapi ada

²⁷⁶ Bahkan berkembang pendapat yang ingin menghapuskan pidana mati dari sistem hukum Indonesia dengan alasan pidana mati bertentangan dengan jaminan konstitusi atas hak untuk hidup. Lihat Ifdhal Kasim, *Kearah Mana Pembaharuan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP, ELSAM, Jakarta, 2005, hlm. 9. Demikian juga usul lembaga amnesty internasional dalam surat terbukanya yang ditujukan kepada Benny K. Harman, Ketua Komisi III DPR RI, mengusulkan enam pokok revisi RUU KUHP, salah satunya penghapusan pidana mati, lihat VIVAnews, *Amnesty Internasional usul revisi RUU KUHP*, <http://nasional.vivanews.com>, diakses tanggal 22 April 2010, jam 17.08 wib. Namun menurut penulis ancaman pidana mati hendaknya dilihat secara kontekstual, artinya ancaman pidana mati mesti dikaitkan dengan konteks kejahatan yang menimbulkan akibat-akibat yang sangat-sangat membahayakan, menderitakan dan merendahkan martabat kemausiaan. Perbuatan pidana pembunuhan sengaja misalnya, bukan hanya kerugian akibat yang ditimbulkan, melainkan juga telah menghilangkan hak konstitusional untuk hidup dan merendahkan martabat manusi. Dalam Islam, perbuatan pidana semacam itu telah dirumuskan bukan saja berdasarkan pertimbangan rasionalitas semata melainkan juga atas dasar nilai-nilai transendental, jenis sanksi pidana dalam Islam sangat berpengaruh pada tujuan pemidanaannya, terutama prevensi umum, sehingga penetapan ancaman pidana mati terhadap kejahatan yang telah disebutkan di atas tidak dapat diabaikan, apalagi hendak menghapuskannya.

²⁷⁷ Untuk mengetahui masalah yang berkaitan dengan perumusan kebijakan pemidanaan ini, lihat Zainal Abidin, *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan dalam Rancangan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP, ELSAM, 2005, hlm. 15-32.

yang disesalkan dalam rumusan ini, yakni pidana pembayaran ganti kerugian dirumuskan sebagai pidana tambahan, yang sifatnya relative, artinya dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok atau dapat dijatuhkan bersama-sama pidana tambahan yang lain.

Selain itu, penjatuhan pidana pembayaran ganti rugi juga tidak ada keterikatan yuridis (dasar normative) baik mengenai jumlah maupun syarat-syaratnya, melainkan tergantung dari hakim yang memutus perkara. Sedangkan pidana mati ditegaskan secara normative diancamkan secara alternative agar tidak mudah diterapkan. Dengan perumusan normative demikian, Rancangan KUHP telah lebih memperhatikan pelaku kejahatan yang diancam pidana mati dibandingkan perhatian terhadap korban kejahatan sendiri.

Dalam sistem hukum Islam, pidana ganti rugi dikenal dengan pidana *Diyat*. Sebagaimana telah diuraikan terdahulu, *Diyat* yang diancamkan terhadap perbuatan pidana ada yang bersifat pidana pokok dan ada pula yang bersifat pidana pengganti, tergantung konteks kasus yang terjadi. Banyaknya jumlah *Diyat* dan syarat-syaratnya juga ditentukan secara terang dan jelas untuk menghindari penyimpangan dan ketidakadilan bagi ke dua pihak, pelaku dan korban. Pelaksanaan pidana *Diyat* pun sepenuhnya digantungkan pada para pihak terutama korban atau keluarga korban, sehingga keseimbangan dan harmonisasi dalam masyarakat sebagai tujuan pemidanaan dapat diwujudkan dan dievaluasi secara komprehensif. Pola inilah yang sebenarnya menganut pandangan yang memberikan perhatian lebih seimbang antara kepentingan korban

dan kepentingan terpidana. Dalam pidana ini pula terlihat aspek pidana dan aspek perdata yang saling berkaitan tak terpisahkan.

4. Mengenai pidana atas badan

Dalam sistem hukum Islam, pidana atas anggota badan/fisik dirumuskan dalam beberapa jenis pidana, yaitu amputasi tangan dan atau kaki; amputasi tangan dan kaki; jilid/cambuk; rajam; pidana ta'zir seperti pemukulan atau penjentikan. Terhadap ke lima jenis pidana badan ini, ada sebagian pihak yang mempersoalkan relevansinya sebagai usaha yang efektif dalam memenuhi tujuan pembedaan menyangkut aspek preventif. Apalagi jenis-jenis pidana tersebut diancamkan terhadap perbuatan pidana yang dianggap menimbulkan akibat yang tidak sebanding dengan jenis pidananya. Misalnya, amputasi tangan dan atau kaki bagi pelaku pencurian, amputasi tangan dan kaki bagi pelaku perampokan/pengacau keamanan, jilid dan rajam bagi pelaku zina. Jenis-jenis pidana itu menimbulkan bekas seumur hidup yang tidak sebanding dengan kerugian dan penderitaan yang ditimbulkan oleh bentuk kejahatannya.

Padahal tidaklah demikian, justru inilah yang menjadi salah satu keunggulan dari sistem pidana dalam Islam. Tuhan memberikan batasan-batasan dalam menentukan suatu ketentuan hukum (*had-hudud*), bukan hanya memiliki nilai rasionalitas tetapi juga nilai transendental. Rasional karena mampu dan efektif sebagai sarana dalam menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana. Sistem pidana Islam sebagai kebijakan pidana, lebih mengutamakan fungsi preventif dari pada fungsi represif dalam penanggulangan kejahatan. Sebagaimana telah diuraikan, bahwa untuk dapat dilaksanakan pidana *had/hudud*, terlebih dahulu harus memenuhi

syarat-syarat yang ketat, baik secara materiil maupun formilnya. Pencurian misalnya, tidak serta merta pencurian sekarung randu atau dua buah semangka, dapat langsung diamputasi tangan, sebab memang pencurian ini tidak memenuhi syarat materiil untuk dijatuhkan pidana amputasi tangan²⁷⁸. Syarat formil, suatu perbuatan pidana dalam Islam harus benar-benar memiliki bukti-bukti yang kuat sehingga tidak ada keraguan sedikit pun tentang terjadinya perbuatan pidana dan adanya kesalahan untuk dapat dijatuhi pidana. Jika alat-alat bukti yang ada tidak memberikan keyakinan yang nyata tentang adanya perbuatan pidana dan kesalahan terdakwa maka hakim tidak menjatuhkan pidana *had/hudud*²⁷⁹.

Dengan demikian, batasan Tuhan yang menetapkan pidana amputasi tangan (*had*) bagi pencurian adalah sifatnya *qat'i* (mutlak), sedangkan mengenai syarat-syarat formil dan materiil untuk penjatuhan pidana amputasi tangan (*hudud*) sifatnya *zhanni*, karena itu dapat disesuaikan dengan politik hukum, kebutuhan, kondisi sosial, dan perkembangan kehidupan (sesuai dengan kebijakan penal dan kebijakan kriminal) suatu Negara. Batasan-batasan tersebut berlaku untuk semua jenis pidana yang termasuk kategori *had/hudud*. Jika manusia melaksanakan batasan-batasan ketentuan yang bersumber pada hukum Tuhan maka kedamaian dan kebahagiaan terwujud. Sebaliknya, jika

²⁷⁸ Bandingkan dengan konsep pidana dan pemidanaan dalam hukum pidana positif Indonesia saat ini, pencuri dua buah semangka dipidana 1,5 bulan penjara, pencuri sekarung buah Randu dipidana 5 tahun penjara, sungguh merupakan upaya refresif yang menyinggung rasa keadilan masyarakat terutama bila dibandingkan dengan koruptor yang dipidana kurang setahun penjara.

²⁷⁹ Dalam Hadits riwayat Hakim, Nabi saw memberi batasan, "jika terdapat keraguan/jalan, hindarkan bagi muslim pidana *hudud* kapan saja kamu bisa, dan jika imam/hakim salah, lebih baik salah dalam membebaskan daripada salah dalam mempidana" At Tirmidzi *op.cit.* hlm. 87, dikutip juga oleh Topo Santoso, *op.cit.*, hlm. 7.

melanggar dan melampaui batas-batas ketentuan Tuhan, maka keresahan, kejahatan dan kehancuran yang terwujud²⁸⁰.

5. Mengenai pidana atas kemerdekaan

Jenis pidana atas kemerdekaan, seperti pidana penjara, pidana kurungan, pidana tutupan atau sejenisnya, dalam Al-Qur'an tidak ditentukan batasannya secara jelas. Dalam *Al-Qur'an* ada disebutkan dua istilah yaitu *yunfau min al ardh* (dibuang/diasingkan dari negeri/kampung) dan *amsikuu fil buyuut* (ditahan/dikurung di rumah)²⁸¹. Dalam hadits disebutkan istilah *nafiyu sanatin* (diasingkan setahun)²⁸². Ada perbedaan antara pidana penjara dalam konsep Islam dengan pidana penjara/pidana tutupan dalam hukum pidana positif maupun Rancangan KUHP. Perbedaan itu terletak pada pengelompokan dan lamanya pidana penjara.

Pidana penjara dalam Rancangan KUHP dikategorikan sebagai pidana pokok dengan batasan minimal 1 hari dan maksimal 15 tahun dan paling tinggi 20 tahun. Sedangkan dalam hukum Islam pidana penjara dapat dikategorikan sebagai pidana pokok dan pidana pengganti dengan batasan maksimal 1 tahun. Misalnya, dalam perbuatan pidana gangguan keamanan/perusuh, pidana penjara termasuk pidana pengganti dari pidana pokok berupa pidana mati atau salib, atau pidana amputasi tangan dan kaki. Sedangkan dalam perbuatan pidana zina, penjara termasuk jenis pidana pokok bersama pidana jilid/cambuk.

²⁸⁰ Lihat QS. An Nisaa /4 : 13 – 14.

²⁸¹ Istilah *yunfau minal ardh* untuk perbuatan pidana *hirabah*/perusuh/gangguan keamanan, dan istilah *amsikuu fil buyuut* untuk perbuatan pidana kesusilaan (zina). Lihat QS. Al Maidah /5 : 33 dan QS. An Nisaa 4/ : 15.

²⁸² HR. Muslim, dari Ubadah bin Samit, "bujang dan gadis berzina dijilid sebanyak 100 kali dan diasingkan selama satu tahun", Muhammad As Syauckani, *loc.cit.*

6. Mengenai pidana *kiffarat*

Sebagaimana uraian terdahulu, *kiffarat* merupakan jenis sanksi yang diwajibkan atas perbuatan pidana pembunuhan tidak sengaja/semi sengaja sebagai permintaan ampun kepada Allah atas perbuatannya. Di sini *kiffarat* berkaitan dengan perbuatan pidana pembunuhan. Satu-satunya perbuatan pidana yang disebutkan oleh AlQu'an yang diwajibkan *kiffarat* adalah perbuatan pidana pembunuhan tidak sengaja. Jadi, khusus perbuatan pidana pembunuhan tidak sengaja ditetapkan selain jenis pidana juga ada kewajiban *kiffarat*.

Apabila *kiffarat* dikaitkan dengan Rancangan KUHP, penulis teringat dengan jenis pidana kewajiban agama sebagai pidana tambahan yang pernah dirumuskan dalam tiga konsep pertama Rancangan KUHP²⁸³, dan pada konsep sekarang menjadi pidana pemenuhan kewajiban adat dan atau kewajiban hukum yang hidup dalam masyarakat. Pemenuhan kewajiban hukum yang hidup dalam masyarakat dapat diartikan juga pemenuhan kewajiban agama, karena hukum agama merupakan bagian dari hukum yang hidup dalam masyarakat. Dalam penjelasannya, dikemukakan bahwa pemenuhan kewajiban agama/hukum yang hidup dalam masyarakat ini diharapkan dapat mengembalikan keseimbangan dalam masyarakat yang terganggu karena suatu tindak pidana.

Jika dihubungkan lagi dengan tujuan pemidanaan yang salah satunya dirumuskan untuk membebaskan rasa bersalah pada terpidana,

²⁸³ Tiga konsep Rancangan KUHP tersebut yaitu konsep tahun 1968, tahun 1971/1972 dan konsep Tim Harris tahun 1981. Pada konsep Tahun 2008, rumusan kewajiban agama dihapus dan kewajiban adat dirubah/diperluas redaksi menjadi pemenuhan kewajiban adat setempat dan atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat.

maka pidana pemenuhan kewajiban agama/hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dimaksudkan sebagai sarana untuk membebaskan rasa bersalah/dosa. Karena dosa/rasa bersalah kaitannya dengan perasaan yang didasari keimanan/agama (bersifat religious). maka sarana membebaskan atau menghapuskan dosa/rasa bersalah juga bersumber dari agama. Dalam hukum Islam, *kiffarat* merupakan sanksi (pidana) yang berkaitan dengan haq Allah sebagai permohonan ampun kepada Allah untuk menghapuskan dosa/rasa bersalah akibat maksiat/perbuatan pidana (khusus perbuatan pidana pembunuhan tidak sengaja) dan guna mendapatkan keridhaan-Nya.

Jadi terhadap pelaku perbuatan pidana pembunuhan tidak sengaja/ karena kealpaannya (semisal pasal 592 ayat (3) Rancangan KUHP) dapat dikenakan dua jenis sanksi. Pertama, diwajibkan membebaskan hamba sahaya atau puasa dua bulan berturut-turut, kedua membayar *Diyat*/denda ganti rugi yang diserahkan kepada keluarga korban, kecuali jika keluarga korban memaafkan dan mengikhlaskan kerugian itu. Sanksi pertama bersifat religious sebagai permohonan ampun kepada Allah (hubungan vertical, manusia dengan Tuhan-*hablun minallaah*). Sanksi ke dua bersifat yuridis berkaitan dengan hubungan hukum antar sesama manusia (hubungan horizontal-*hablun minannaas*).

Namun demikian dalam hukum Islam, setiap sanksi yuridis (pidana) yang diterapkan/dilaksanakan terhadap seorang terpidana juga mengandung aspek religious. Artinya, terpidana yang telah diadili menurut sistem hukum Islam berarti yang bersangkutan telah melaksanakan hukum Tuhan (ibadah-tobat) karena itu dosa/rasa bersalah

insyaallah otomatis telah dihapuskan. Hal ini dikarenakan, dalam hukum Islam, sanksi pidana mengandung dua sifat, yaitu sifat hukum (legal) dan sifat keagamaan (religious). Dengan kata lain, sanksi pidana dalam hukum Islam dapat disebut sebagai sanksi agama, sekaligus disebut juga sebagai sanksi hukum.

Masalah selanjutnya, bagaimana formulasi pidana Islam dalam Rancangan KUHP dirumuskan. Untuk menjawabnya, perlu dikemukakan kembali bahwa dalam sistem pidana Islam, ketentuan tentang perbuatan-perbuatan yang dilarang/diancam dengan pidana, dan jenis pidananya, memiliki dua sifat. Pertama sifat *qath'i* yang langsung ditetapkan Tuhan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah* (kategori *hudud*, *qishash-Diyat/jinayat*). Kedua sifat *zhanni* yang ditetapkan Negara (kategori *ta'zir*), di sini masalah perbuatan yang dapat dipidana dan jenis pidananya ditetapkan oleh negara berdasarkan politik hukum dan politik kriminal, sepanjang mengandung aspek kemaslahatan (perlindungan dan kesejahteraan) bagi masyarakat.

Dalam kaitan ini, bentuk-bentuk perbuatan yang dapat dipidana dan jenis pidana yang dipilih dan dikembangkan dalam Rancangan KUHP, dapat diterima dalam pandangan hukum Islam sebagai *ta'zir*. Untuk melengkapi itu, bentuk-bentuk pidana dalam kategori *hudud* dan *qishash-Diyat/jinayat* penting juga untuk diadopsi ke dalam Rancangan KUHP tersebut.

Khusus mengenai pidana *qishash* dan *Diyat*, secara sebagian telah diadopsi oleh Rancangan KUHP sebagai pidana denda dan pembayaran ganti kerugian. Hanya saja, pidana pembayaran ganti rugi dalam

Rancangan KUIHP tidak diikuti dengan aturan pembedanya yang pasti²⁸⁴. Padahal, Islam sangat melindungi hak-hak manusia sehingga memberi perhatian kepada korban kejahatan berupa pemberian hak untuk mengambil qishash atau *Diyat* (ganti kerugian). Ganti kerugian yang dapat diambil oleh korban kejahatan telah ditentukan dalam Islam seharga 100 ekor unta²⁸⁵. *Diyat* yang besar tersebut merupakan salah satu cara dan upaya hukum Islam dalam mencegah dilakukannya pembunuhan (upaya preventif dari kebijakan kriminal). Jika pembunuhan terjadi juga maka *Diyat* itu merupakan penghargaan bagi jiwa manusia dan perhatian atas korban yang menderita. Walaupun demikian, Islam memberi derajat yang paling mulia bagi korban/ahli waris yang ikhlas memaafkannya. Jika qishash dan *Diyat* tidak diambil oleh korban/ahli warisnya karena ikhlas memaafkan pelaku kejahatan, maka pelaku dikenai *kiffarat* dan pidana *ta'zir* yang ditetapkan oleh Negara.

Mengenai pidana *hudud* yang belum sepenuhnya terakomodasikan oleh Rancangan KUHP yang ada sekarang, perlu mendapat perhatian serius dari para pihak legislator, terutama dari tim pengkaji dan penyusun

²⁸⁴ Pencantuman pidana tambahan berupa pembayaran ganti kerugian menunjukkan adanya pengertian akan penderitaan korban suatu tindak pidana. Hanya saja berapa jumlah ganti kerugian tidak dicantumkan secara jelas sehingga dapat menimbulkan ketidakpastian bahkan ketidakadilan dalam pelaksanaannya, di sini peran Hakim sangat menentukan efektifitasnya. Lihat Pasal 67 jo Pasal 99 Rancangan KUHP beserta penjelasannya.

²⁸⁵ Jumlah ini didasarkan pada hadits, dari Abu Bakar bin Muhammad bin 'Amru bin Hazm, bahwa Rasulullah saw menulis surat kepada penduduk Yaman, yang isinya: barangsiapa terbukti membunuh jiwa mukmin maka ia wajib dikenai qishash, kecuali jika wali pihak terbunuh memaafkannya, maka *Diyat* dalam pembunuhan jiwa itu seratus ekor unta" (HR. Ahmad, Abu Daud dan Nasa'iy). Dalam riwayat Nasa'iy disebutkan, bagi orang yang memiliki emas, *Diyat*nya sebanyak 1000 dinar. Dalam riwayat Ikrimah dari Ibnu Abbas, disebutkan bahwa "seorang lelaki telah membunuh, kemudian Nabi saw menetapkan *Diyat* dengan perak sebanyak 12.000 dirham. Lihat A. Djazuli, *op.cit.*, hlm 155. Lihat selengkapnya dalam Abdurrahman AlMaliki & Ahmad AdDaur, *op.cit.*, hlm. 163-179. Jika kita sesuaikan, 1 dinar setara dengan 4,25 gram emas, dan 1 dirham setara dengan 2,975 gram perak. Maka 1000 dinar berarti setara dengan 4.250 gram emas, dan 12.000 dirham berarti setara dengan 35.700 gram perak.

Rancangan KUHP. Mengenai pidana had/hudud dalam Pembaharuan hukum pidana nasional dapat dikemukakan sebagai berikut:

Tabel 3
Pasal-Pasal Rancangan KUHP yang sesuai dengan Pidana *Hudud*

Rumusan dalam RKUHP	Ancaman Pidana Maksimum	Pidana Hudud
1. P. 485 ttg zina yang terikat perkawinan dan tidak terikat perkawinan	1. 5 tahun pidana penjara	1. Zina dalam perkawinan Cambuk dan rajam zina diluar perkawinan Cambuk dan pidana penjara 1 tahun atau
2. P. 501 ttg memaksa orang minum/memakai bahan yg memabukan	2. 1 thn pidana penjara atau denda	2. Tidak ada dalam hudud, yang ada hanya orang yang minum bahan yg memabukan
3. P. 530 jo 531 jo 535 ttg memfitnah	3. 5 thn pidana penjara atau denda	3. Memfitnah zina 80x cambuk
4. P.572 ttg pembunuhan	4. 15 thn pidana penjara	4. Qishash atau diyat
5. P.582 ttg penganiayaan	5. 7 th pidana penjara atau denda	5. Diyat
6. P. 582 ayat 3 ttg penganiayaan menimbulkan kematian	6. 12 thn pidana penjara	6. Qishash atau diyat dan kiffarat
7. P.592 ayat 3 ttg kealpaan menimbulkan kematian	7. 5 thn pidana penjara atau denda	7. Qishash atau diyat dan kiffarat
8. P. 594 ttg pencurian	8. 5 thn penjara atau denda	8. Amputasi tangan atau dan kaki
9. P.601 ttg memaksa orang dg kekerasan atau ancaman	9. 9 thn penjara	9. Nomor 9 – 15 dapat dipersamakan dengan gangguan keamanan dengan ancaman pidana mati atau amputasi tangan dan kaki timbal balik atau pengasingan/ pidana penjara
10. P. 348 ttg merusak tempat ibadah	10. 5 thn penjara atau denda	10. Pemberontakan dipidana mati
11. P.349 ayat 1 c ttg menimbulkan kebakaran, ledakan dan banjir yg menimbulkan kematian	11. 15 thn pidana penjara	
	12. 20 thn pidana penjara	
	13. 20 th pidana penjara	
	14. 20 th pidana penjara	

12. P. 394 ttg genosida	15. 20 th pidana penjara	
13. P. 395 ttg tindak pidana kemanusiaan	16. 15 thn pidana penjara	
14. P.396 ttg kejahatan perang		
15. P. 242 ttg terorisme		
16. P. 218 ttg pemberontakan		

Sumber : data diambil dari berbagai sumber

Dari table 3 di atas, dapat diketahui bahwa dalam Rancangan KUHP terdapat rumusan tindak pidana yang juga diatur dalam hukum Islam sebagai pidana *hudud*. Rumusan tindak pidana tersebut dalam Rancangan KUHP, ancaman pidananya sama berupa pidana penjara atau denda. Sedangkan dalam pidana *hudud* ancaman pidananya berbeda tergantung jenis kejahatannya. Ada yang sama antara *hudud* dengan Rancangan KUHP dalam hal tindak pidana zina dan tindak pidana menimbulkan kekerasan atau kerusakan, yakni pidana penjara.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa sanksi pidana Islam telah diakomodasi oleh Rancangan KUHP namun belum secara sepenuhnya. Untuk memenuhi tujuan pemidanaan, membebaskan rasa bersalah terpidana yang beragama Islam, kiranya bentuk-bentuk tindak pidana tersebut dalam Rancangan KUHP yang sesuai dengan *hudud* dipidana sesuai dengan sanksi pidana Islam. Untuk itu, perlu mendapat perhatian hal-hal berikut ini:

1. Bahwa penetapan bentuk sanksi pidana dalam hukum Islam ada dua, pertama menetapkan pidana berdasarkan *nash* (normative Al-Qur'an dan *As-Sunnah*); kedua menyerahkan penetapan pidana kepada Negara,

baik kepada hakim maupun terutama kepada legislator, disinilah berlaku untuk pidana *ta'zir*. Dalam cara yang pertama, Islam tidak memberikan kesempatan kepada Negara (*ulil amri*) untuk menyimpangkan ketentuan-ketentuan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah*. Jenis pidana ini tidak berubah menurut ruang dan waktu, dan berlaku hanya untuk perbuatan pidana tertentu yaitu pembunuhan dan penganiayaan (*qishash-Diyat/jinayat*); perzinahan, menuduh berzina tanpa bukti, pencurian, perampokan, minuman memabukan, pemberontakan dan murtad (*hudud*).

2. Bahwa sanksi pidana *hudud* dapat dijadikan ancaman pidana maksimum terhadap tindak pidana dalam Rumusan KUHP yang sesuai dengan sanksi pidana *hudud*.
3. Bahwa penetapan jenis sanksi pidana untuk perbuatan pidana tertentu tidak bisa berubah karena sudah jelas disebutkan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah*, namun syarat-syarat agar perbuatan pidana itu dijatuhi jenis pidana tersebut dapat disesuaikan dengan kondisi dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara. Hal ini didasarkan pada praktek-praktek peradilan pidana yang dilakukan baik semasa Nabi Muhammad saw maupun generasi sesudah beliau selalu berbeda. Maksudnya jenis pidana yang dijatuhkan sama tetapi syarat-syarat untuk penjatuhan pidana (pengaturan pembedaan dalam arti sempit) selalu berbeda-beda sesuai kondisi dan perkembangan kehidupan masyarakat.
4. Bahwa Rancangan KUHP mengatur tentang jenis pidana dalam Pasal 65, 66 dan 67 yang dikelompokkan menjadi pidana pokok, pidana pokok

bersifat khusus dan pidana tambahan. Berdasarkan tentang perubahan pasal maka mengenai formulasi pidana Islam dapat dimasukan dengan menambah pasal atau menambah ayat pada pasal yang telah ada. Dalam hal ini, akan lebih baik jika dimasukan ke dalam pasal 66 sebagai pidana khusus dengan menambah ayat-ayatnya saja. Contoh:

Pasal 66 : pidana mati merupakan pidana pokok yang bersifat khusus dan selalu diancamkan secara alternative (semula)

Menjadi:

Pasal 66

(1) pidana pokok yang bersifat khusus, terdiri dari:

- a. Pidana mati
- b. Pidana amputasi tangan dan atau kaki
- c. Pidana dera

(2) Suatu perbuatan pidana dapat dijatuhi pidana pokok yang bersifat khusus apabila memenuhi syarat-syarat tertentu.

(3) Pidana pokok yang bersifat khusus selalu diancamkan secara alternative.

5. Bahwa pengaturan umum mengenai pembedaan dalam arti ketentuan-ketentuan umum mengenai jenis pidana dimuat dalam Pasal 69 s/d Pasal 100, dan mengenai pidana mati sebagai pidana khusus diatur dalam paragraph 11, Pasal 87 – Pasal 90. Sebagai tambahan pasal untuk ketentuan umum mengenai pidana amputasi tangan dan atau kaki serta pidana dera, dapat ditambahkan dalam paragraf 11 dengan menambahkan dua pasal berikut menjadi :

Pasal 91

- (1) Pidana amputasi tangan dan atau kaki hanya dapat dijatuhkan jika memenuhi syarat-syarat yang ditentukan dalam undang-undang.
- (2) Pidana amputasi tangan dan atau kaki dilaksanakan dengan membuang bagian tangan dan atau kaki oleh dokter ahli di bidangnya.
- (3) Jika yang diamputasi adalah tangan dan kaki sekaligus, maka amputasi dilakukan secara timbal balik yaitu tangan sebelah kanan dan kaki sebelah kiri.

Pasal 92

- (1) Pidana dera paling sedikit 40 kali dan paling banyak 100 kali
 - (2) Pidana dera dilaksanakan dengan mencambuk bagian punggung terpidana oleh petugas khusus.
 - (3) Pelaksanaan pidana dera sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) dilaksanakan di tempat khusus di muka umum.
6. Bahwa dalam Rancangan KUHP ditemukan adanya jenis pidana pembayaran ganti kerugian yang pada dasarnya identik sesuai dengan *Diyat*. Oleh karena itu perlu adanya penambahan ketentuan mengenai pembedaan dalam pasal 99, sebagai berikut:

Semula Pasal 99:

- (1) Dalam putusan hakim dapat ditetapkan kewajiban terpidana untuk melaksanakan pembayaran ganti kerugian kepada korban atau ahli warisnya.
- (2) Jika kewajiban pembayaran ganti kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dilaksanakan, maka berlaku ketentuan pidana penjara pengganti untuk pidana denda.

Pasal 99, menjadi :

- (1) Ganti kerugian yang dapat diperintahkan dalam putusan hakim minimal 5 ekor Unta atau setara dengan 212,5 gram emas atau 1.285 gram perak dan paling tinggi 100 ekor Unta atau setara dengan 4.250 gram emas atau 35.700 gram perak.
- (2) Ganti kerugian diperintahkan dalam putusan hakim sebagai kewajiban yang harus diserahkan terpidana kepada korban atau ahli warisnya.
- (3) Pembayaran ganti kerugian wajib dilaksanakan oleh terpidana sejak putusan memiliki kekuatan hukum tetap, kecuali korban dan ahli warisnya memaafkan terpidana.
- (4) Jika kewajiban pembayaran ganti kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) tidak dilaksanakan, maka berlaku ketentuan pidana penjara pengganti.

Dari uraian tersebut di atas, dapatlah dikatakan bahwa dalam hukum (pidana) Islam, jenis pidana ditetapkan melalui dua metode, Pertama, menetapkan jenis pidana berdasarkan ketentuan AlQur'an dan *As-Sunnah*, khusus dalam perbuatan pidana tertentu yang disebutkan dalam Al-Qur'an dan *As-Sunnah (hudud)*. Kedua, menetapkan jenis pidana berdasarkan kekuasaan Negara sesuai dengan kebutuhan, kondisi, dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara dalam upaya penanggulangan kejahatan(*ta'zir*). Dengan kata lain, Negara menentukan jenis pidana (*penalisasi*) sesuai politik hukum dan politik criminal dalam wujud kebijakan hukum pidana.

Dengan adanya dua metode dalam menentukan jenis pidana, maka tudingan sebahagian pihak bahwa pidana Islam ketinggalan zaman dan tidak bisa mengikuti perkembangan zaman jelas keliru. Karena, disamping ada jenis-jenis pidana tertentu untuk perbuatan pidana tertentu yang tidak akan berubah sepanjang masa sebagai *nash qath'i*²⁸⁶, juga terdapat jenis-jenis pidana yang dapat berubah sesuai kondisi, kebutuhan dan perkembangan zaman yang ditetapkan oleh Negara sebagai kebijakan pidana.

Dengan adanya dua metode tersebut, dapatlah dikatakan bahwa semua jenis-jenis pidana yang secara teoritis dapat dikembangkan dalam ilmu hukum, dapat diterima sebagai bentuk pengembangan dari pidana Islam yang memiliki sifat religious, sejauh ini dilakukan dengan semangat keagamaan yang bermaksud untuk menciptakan keadilan dan kedamaian dalam kehidupan bermasyarakat. Dengan demikian, bentuk-bentuk pidana dalam hukum Islam cukup mempunyai relevansi dalam rangka Pembaharuan hukum pidana Indonesia khususnya dalam menciptakan kitab undang-undang hukum pidana nasional yang bersifat *cultural religious* yakni hukum pidana nasional berakar pada hukum yang hidup pada masyarakat Indonesia.

²⁸⁶ Jenis pidana dan perbuatan pidana yang disebutkan secara jelas dalam Al-Qur'an dan Al-Sunnah merupakan ketentuan syar'i yang telah ditetapkan oleh Allah Yang Maha Kuasa sebagai tuntunan *Ilahiyah*, sebagian ulama menyebutnya sebagai *haqqullah*. Namun demikian, praktek peradilan pidana semasa Rasulullah dan generasi sesudahnya menunjukkan bahwa syarat-syarat dan ketentuan baik segi materil maupun formil suatu perbuatan pidana dapat dijatuhi jenis pidana itu selalu berbeda-beda, sehingga dapat disimpulkan bahwa ketentuan mengenai jenis pidana tertentu bagi perbuatan pidana tertentu tersebut adalah tetap, sedangkan kapan dan bagaimana jenis pidana itu dapat dijatuhkan dapat disesuaikan dengan kondisi, kebutuhan dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara. Misalnya, bentuk pidana dalam pencurian adalah tetap yakni amputasi tangan, tetapi pencurian yang bagaimana dan kapan dapat dipidana amputasi tangan tidak tetap, jadi dalam hal *hudud* ini, Negara masih memiliki kewenangan untuk menentukan syarat-syaratnya yang bagaimana pencurian dapat dipidana amputasi tangan. Lihat selengkapnya tentang hukuman dalam Mahmud Syaltut, *op.cit.*, jilid I, hlm. 413-472. Lihat juga tentang *hudud* dalam Abdurrahman Al Maliki & Ahmad Ad Daur, *op.cit.*, hlm. 20-122.

4.3 Relevansi Sanksi Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Kedudukan dan peran pidana Islam dalam Pembaharuan hukum pidana, sama halnya dengan hukum adat dan hukum barat sebagai bahan materil untuk menentukan perbuatan pidana dan bentuk sanksi pidananya. Pentingnya sanksi pidana Islam dalam Pembaharuan hukum pidana Indonesia, selain diukur dari alasan-alasan tersebut di atas, juga dapat dilihat dari segi landasan teoretis sebagai berikut:

Berdasarkan teori *Receptio in Complexu*, yang menyatakan bahwa hukum itu mengikuti agama yang dianut oleh seseorang (masyarakat-pen), untuk kaum hindu berlaku hukum hindu, bagi orang Islam maka berlaku hukum Islam. Artinya hukum Islam diberlakukan secara penuh terhadap orang-orang Islam karena mereka telah memeluk agama Islam. Oleh karena itu, sangatlah wajar jika bidang hukum pidana bersumber pula pada hukum Islam sebagai manifestasi pelaksanaan agamanya.

Berdasarkan teori *Receptio a Contrario*, yang menyatakan bahwa hukum adat hanya berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum agama. Jadi hukum yang sebenarnya berlaku bagi rakyat adalah hukum agamanya, yang kemudian menjadi hukum adat. Demikian halnya dengan bidang hukum pidana, penyusunan dan perumusan Rancangan KUHP yang bersumber pada hukum islam, adat dan hukum barat, adalah untuk mengakomodasi berlakunya hukum agama Islam bagi pemeluk-pemeluknya di Indonesia.

Berdasarkan teori Eksistensi, yang dikemukakan oleh Hazairin yang kemudian dikembangkan oleh Ichtiyanto, maka hukum islam khususnya pidana islam telah dijadikan sebagai bahan utama dan unsur dalam pembentukan hukum

pidana nasional Indonesia. Dengan kata lain pidana islam telah memberikan kontribusinya dalam pembentukan hukum pidana nasional dalam menentukan perbuatan pidana dan jenis sanksi pidana.

Berkaitan dengan kontribusi hukum Islam terhadap hukum nasional, terdapat tiga pola legislasi hukum Islam yaitu:²⁸⁷

- 1) Hukum Islam berlaku untuk semua warganegara dengan pengecualian, artinya untuk warga Negara yang beragama non Islam berlaku pula hukum agamanya (contoh undang-undang perkawinan, undang-undang peradilan agama);
- 2) Hukum Islam diundangkan dan hanya berlaku bagi umat Islam, seperti undang-undang pelaksanaan syariat Islam di Aceh.
- 3) Hukum Islam masuk ke dalam hukum nasional dan berlaku untuk seluruh warganegara tanpa pengecualian, seperti undang-undang kesehatan, undang-undang kewarganegaraan.

Berdasarkan pola legislasi dan teori eksistensi ini, maka keberadaan hukum Islam dalam tata hukum nasional, merupakan suatu kenyataan yang tidak dapat dibantah adanya. Lebih dari itu, hukum Islam merupakan bahan utama atau unsur utama hukum nasional. Artinya, seluruh produk program legislasi nasional yang memuat dan mempertimbangkan hal-hal yang mengandung dimensi keIslaman adalah suatu kebutuhan yang relevan bahkan secara agamis adalah suatu kemutlakan.

Selanjutnya, apabila dilihat dari sisi asas hukum sebagaimana telah diuraikan di atas, ternyata tidak ada perbedaan yang signifikan antara asas hukum pidana dalam hukum Islam dengan asas hukum pidana modern. Hal ini mengisyaratkan bahwa sanksi pidana Islam, sekiranya diukur dengan asas hukum pidana modern tetap relevan dapat memenuhi kriteria sesuai asas-asas hukum pidana modern. Dengan demikian sanksi pidana Islam dapat memenuhi asas sebagai sarana pidana

²⁸⁷ Lihat Amrullah Ahmad et.all., *op.cit.* Hlm 181-183. Hubungkan dengan teori eksistensi, ichtiyanto, *op.cit.*, 263. Lihat juga Suparman Usman, *op.cit.*, hlm. 118.

dari hukum pidana nasional dalam mencapai tujuan pemidanaan dan upaya penanggulangan kejahatan.

Berdasarkan hasil analisa dan uraian tersebut di atas, jenis-jenis sanksi pidana hukum Islam sangatlah relevan sebagai alternative prospektif upaya penanggulangan kejahatan (*criminal policy*) melalui sarana hukum pidana (*penal policy*). Sehingga, hukum Islam sebagai sumber materil muatan hukum pidana nasional benar-benar dijadikan bahan penting dalam rangka perumusan ketentuan hukum pidana. Bukan hanya menentukan tentang perbuatan apa yang diancam dengan pidana tetapi juga menentukan bentuk pidananya yang relevan dalam memenuhi tujuan pemidanaan, untuk mewujudkan tujuan nasional. Transformasi nilai hukum seperti itulah yang akan mewujudkan Rancangan KUHP nasional bersifat *cultural religious* sesuai kondisi dan perkembangan masyarakat yang berakar pada nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

BAB V

KESIMPULAN DAN SARAN

5.1 Kesimpulan

Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat diambil beberapa kesimpulan sebagai berikut:

- 1) Bentuk-bentuk sanksi pidana dalam hukum Islam, dari sumbernya yang utama Al-Qur'an dan As-Sunnah dapat dikelompokkan menurut bahaya dan klasifikasi jenis tindak pidana/kejahatan yang diancamnya, yaitu pidana *had/hudud* (*hudud*, *qishash*, *Diyat* dan *kiffarat*) dan pidana *ta'zir*). Sanksi pidana Islam mewarnai Rancangan KUHP berupa pidana mati, pidana penjara dan ganti rugi, dan kaitannya sangat erat dengan pencapaian tujuan pemidanaan dalam Rancangan KUHP.
- 2) Formulasi pidana Islam sangat relevan dalam Pembaharuan hukum pidana nasional bahkan kemutlakan *legalistic* dan *aspiratif* yang dilandasi sekurang-kurangnya empat dasar alasan, yaitu *filosofis*, *yuridis*, *sosiologis* dan *akademis*, untuk menciptakan hukum pidana nasional yang bersifat *cultural religious*. Berkaitan dengan upaya pengurangan kejahatan dengan sarana *penal policy*, dalam Islam stelsel pidana telah ditempatkan sebagai jaminan *sosial defence* yang disebut *al maqasid alsyariah*, yang dilakukan dengan mengutamakan upaya preventif daripada upaya refresif, dengan sistem sanksi yang sangat tegas dalam kebijakan formulatif namun harmonis dalam kebijakan aplikatif dan kebijakan eksekutif.

5.2 Saran

Dari hasil kajian tersebut di atas, dapatlah disarankan atau direkomendasikan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Sumber-sumber kajian mengenai pidana dan ppidanaan dari hukum Islam maupun hukum positif, baik yang bersifat tradisional maupun modern, semuanya perlu diperhatikan untuk dijadikan rujukan pemikiran dalam rangka studi ilmu hukum pidana, khususnya kebutuhan praktis pembentukan kitab undang-undang hukum pidana nasional yang bersifat *cultural religius* sesuai dengan politik hukum dan kebijakan kriminal. Oleh karena itu, transformasi aspek keagamaan dari hukum Islam perlu diintegrasikan dalam Pembaharuan hukum pidana. Transformasi hukum pidana Islam kedalam hukum pidana Indonesia, penting untuk dilakukan bukan hanya menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang atau tindak dipidana saja melainkan juga untuk menentukan bentuk pidananya.
- 2) Mengingat masih terjadi perbedaan persepsi seputar formulasi pidana Islam, perlu dilakukan upaya dua hal, pertama pengkajian kembali secara lebih mendalam, objektif dan komprehensif terhadap sistem pidana Islam dan sistem pidana positif; ke dua, sosialisasi sistem pidana Islam. Hal ini penting dilakukan umat Islam, terutama oleh masyarakat perguruan tinggi, pemerintah dan institusi lainnya yang berhubungan dengan perancangan dan perumusan kebijakan pidana untuk kemudian dijadikan sebagai hukum positif di Indonesia. Harapannya ke depan, Indonesia memiliki system hukum pidana nasional bersifat *cultural religius* yang mampu membawa negara menyandang prediket *nations not obsessed with crime*.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur'an Departemen Agama RI, Karya Toha Putra, Semarang, 1995.
- Abdurrahman Al-Maliki dan Ahmad ad Daur, *Sistem Sanksi dan Hukum Pembuktian dalam Islam*, cet. ke-2, Pustaka Thariqul Izzah, Bogor, 2005.
- Abdul Qadir Audah, *At-Tasyri' Al Jina'iy Al Islamiy*, Juz I, Dar Al Kitab Al-Arabi, Beirut, t.t.
- Abdul Wahab Khalaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam ('Ilmu Ushulul Fiqh)*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 1996.
- Abdullah Ahmad An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, penerjemah Ahmad Syuedi, LKIS, Yogyakarta, 2001.
- Abdullah bin Muhammad bin Ahmad Ath-Thayyar, *Hukum Kiffarat dalam Hukum Islam*, Pustaka Al-Sofwa, Jakarta, 2004.
- Abu Ishaq Ibrahim Al Syathibi, *Al Muwafaqat fi Usul Al Syari'ah*, Dar al Qutub al Ilmiyah, Beirut, Juz ke-2.
- Abu Al Hasan Ali Al Mawardi, *Al Ahkam As-Sulthaniyah*, Dar Al Fiqr, Beirut, 1966.
- Abu Husain Muslim bin al Hajjaj al Qusairy anNaisabury, *Sahih Muslim*, juz 3, Darl Kutb AlSunnah, Arabiah.
- Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008.
- Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004.
- _____, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005,
- Amrullah Ahmad, et.al., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- Andi Hamzah & Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1983.
- Andrew Ashwort, *Sentencing*, dalam Mike Maguire et.all (Ed.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, New York, 1994.

- Arif Furqan, et.al., *Islam untuk Disiplin Ilmu Hukum*, Departemen Agama RI, Dirjen Kelembagaan Agama Islam, Jakarta, 2002.
- As Suyuthi dan Al Mahalli, *Tafsir Al Jalalain*, Darul Fikr, Beirut, 1991.
- A. Djazuli, *Fiqh Jinayah, Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997.
- A. Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, cetakan IV, 1990.
- At-Tirmizi, *Sunan at-Tirmizi*, Jilid IV, Dar al Bab al Halabi, Beirut, Mesir, 1963.
- Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009.
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.
- _____, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- _____, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Kencana, Jakarta, 2007.
- Darji Darmodiharjo & Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum*, Gramedia, Jakarta, 2004.
- Freda Adler, Gerhard O.W. Mueller & William S. Laufer, *Criminology*, McGraw-Hill, New York, 1991.
- Hasbi Ashshiddieqy, *Al Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1977.
- Herbert L. Packers, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, Stanford, California, 1968.
- Ichtiyanto, *Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Ind-Hill Co, Jakarta, 1990.
- Jalaluddin As Sayuthi, *Al Jami' Ash Shagir*, Juz II, Dar Al Fikr, Beirut, t.t.
- Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003.
- Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995.

- J. M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I*, Bina Cipta, Bandung, 1997.
- Lilik Mulyadi, *Bunga Rampai Hukum Pidana, Persektif Teoritis dan Praktek*, Alumni, Bandung, 2008.
- Mahtud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998.
- Mahmud Syaltut, Islam, *Aqidah dan Syariah*, Jilid I, Pustaka Amani, Jakarta, 1998.
- _____, Islam, *Aqidah dan Syariah*, Jilid II, Pustaka Amani, Jakarta, 1998.
- Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Moch. Anwar, *Fiqih Islam, Hukum Perdata dan Pidana Islam*, Alma'arif, Bandung, 1980.
- M. Al Basyr bin Saud, *AsSuquth min al Dakhil*, Pustaka AlKautsar, Jakarta, 1995.
- M. Husain Abdullah, *Dirasat fi al fiqri al Islamy*, Darul Bayariq, Beirut, 1990.
- M. Taufik Makarao, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Studi tentang Bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk sebagai Bentuk Pemidanaan*, Kreasi Wacana, 2005.
- M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Pustaka Kartini, 1993.
- Moeljatno, *Azas-azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, cet. Ke-4, Alumni, Bandung, 2004.
- _____, dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, cet. ke-3 Alumni, Bandung, 2005.
- Muhammad Amin Suma et.all, *Pidana Islam di Indonsia, peluang, prospek dan tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2001.
- Muhammad bin Ali Asy-Syaukani, *Nailul Authar*, Juz VII, Darul Fikri, Beirut.
- Muhammad bin Ismail al Bukhary, *Sahih Bukhary*, juz 7, Maktabat al qafih, Beirut, t.t.

- Muhammad Khudhari Beik, *Tarikh al Tasyri' al Islamy* (Sejarah Pidana Islam), Tijariyatul Qubra, Kairo-Mesir, 1954.
- Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum, suatu studi tentang prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, implementasinya pada periode Negara Madinah dan masa kini*, Kencana, Jakarta, 2004.
- Nagaty Sanad, *The Theory of Crime and Criminal Responsibility in Islamic Law: Saria*, Office of International Criminal Justice, Chicago, 1991.
- Nigel Walker, *Reductivisme and deterrence*, dalam R.A.Duff & David Garland (Ed.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, New York, 1995.
- P.A.F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984.
- Rahmat Hakim, *Hukum Pidana Islam (Fih Jinayah)*, Pustaka Setia, Bandung, 2000.
- Rene David dan John E.C.Brierley, *Major legal Sistem In The World Today*, London, Stevans & Sons, 1978.
- Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Bina Cipta, Bandung, 1996.
- _____, *Kapita Selektu Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung, 1995.
- R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentari-Komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politeia, Bogor, 1996.
- Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law, Theory and Practice from Sixteenth to the Twentyfirst Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Sayid Sabiq, *Fih Sunnah*, Dar al Fikr, Beirut, 1980.
- Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1983.
- _____, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1986.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986.
- _____, *Kapita Selektu Hukum Pidana*, cet.ke-3, Alumni, Bandung, 2006.
- Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (suatu pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, 2002.

- Sulaiman Rasyid, *Fiqh Islam*, cetakan ke-25, Sinar Baru, Bandung, 1992.
- Suparman Usman, *Hukum Islam, Asas-asas dan pengantar studi hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2002.
- Teguh Prasetyo & Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana, Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005.
- Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003.
- Yahya M. Abdul Aziz, *Visi Global Antisipasi Indonesia Memasuki Abad Ke 21*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1998.
- Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaharuan Hukum Pidana Reformasi Hukum*, Grasindo, Jakarta, 2008.
- Yong Ohoitumur, *Teori Etika tentang Hukuman Legal*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997.
- Zainuddin Ali, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika Jakarta, 2007.
- _____, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.
- B. Jurnal, Thesis, Disertasi, Makalah, Majalah, Surat Kabar**
- Adi Sulistiyono, *Pembangunan Hukum Ekonomi Untuk Mendukung Visi Indonesia 2030*, pidato pengukuhan guru besar Hukum Ekonomi, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 17 November 2007.
- Ahmad Suaedy, *Syariat Islam dan Tantangan Demokrasi di Indonesia*, Makalah dipresentasikan pada Konperensi ke-9 Asosiasi Sosiologi se Asia Pasifik, di Kuta, Bali tanggal 13-15 Juni 2009.
- Asfari Jaya Bakri, *Konsep Maqasid Al-Syari'ah*, Disertasi Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 1994.
- Asmawi, *Hukum Pidana Islam, Kodifikasinya di Dunia Islam Modern dan Relevansinya di Indonesia*, Makalah Seminar Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2006.
- Bambang Poernomo, *Manfaat Telaah Hukum Pidana dalam Membangun Model Penegakan Hukum di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1989.

- Barda Nawawi Arief, *Pendekatan Kultural-Religius dalam Pembaharuan Hukum Pidana*, Makalah dalam Pertemuan Nasional dan Internasional, produk kerjasama Komnas HAM, Aliansi Nasional Reformasi KUHP, Elsam dan USAID.
- Bismar Siregar, *Tentang Pemberian Pidana*, kertas kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang tahun 1980.
- C.Ray Jaffery, *Crime Prevention Through Environmental Design*, SAGE Publication, Inc., Beverly Hills, London, 1977.
- Fajrime A. Gofar, *Asas Legalitas dalam Rancangan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP, ELSAM, Jakarta, 2005.
- Harkristuti Harkrisnowo, *Rekonstruksi Konsep Pemidanaan, Suatu Gugatan Terhadap Proses Legislasi dan Pemidanaan di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Tetap Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2003.
- Ifdhal Kasim, *Kearah Mana Pembaharuan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP, ELSAM, Jakarta, 2005.
- Juhaya S. Praja, *Epistimologi Hukum Islam*, Disertasi IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 1988.
- M. Shiddiq al Jawi, *Keunggulan Sistem Pidana Islam*, artikel The House of Khilafah, 3 Februari 2006.
- M. Sularno, *Syari'at Islam dan Upaya Pembentukan Hukum Positif di Indonesia*, Al-Mawaridi, Edisi XVI Tahun 2006.
- Mahmud Mulyadi, *Revitalisasi Alas Filosofis Tujuan Pemidanaan dalam Penegakan Hukum Pidana Indonesia*, Universitas Sumatera Utara Repository, 2006.
- Malik Ibrahim, *Hukum Islam dalam Sistem Peradilan di Indonesia, suatu telaah awal*, Jurnal Asy-Syir'ah, Volume 43, edisi khusus Tahun 2009.
- Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materil Indonsia di Masa yang Akan Datang*, Pidato pengukuhan jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990.
- Nadirsyah Hosen, *Pidana Islam antara zawajir dan Jawabir*, pustaka online Media ISNET, 6 Oktober 2009.

Sudarto, *Suatu Dilema dalam Pembaharuan Sistem Pidana di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam bidang Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 21 Desember 1974.

Soetandyo Wigjosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam Huma, Jakarta, 2002.

Zainal Abidin, *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan dalam Rancangan KUHP*, Position Paper Advokasi RUU KUHP, ELSAM, 2005.

Harian Kompas, "*Hukum di Atas Pilar yang Gamang*", tanggal 10 Oktober 2005.

Harian Republika, "*KUHP baru perlu segera direalisasikan*", tanggal 4 Oktober 2003.

C. Peraturan Perundang-undangan:

Tap MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat.

Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Rancangan KUHP draft Februari 2008

D. Kamus

Ali Mutahar, *Kamus Arab-Indonesia*, Ikrar Mandiri Abadi, Jakarta, 2005

Idrus Alkaf, *Kamus Tiga Bahasa, Arab, Indonesia, Inggris*, Karya Utama, Surabaya, t.t.

Ranuhandoko, *Terminologi Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006.

Tim Ganeca Sains, *Kamus Bahasa Indonesia*, Penabur Ilmu, Bandung, 2001.

E. Website:

<http://www.ditjenpas.go.id>.
<http://www.tvone.co.id>.
<http://www.detiknews.com>.
<http://www.legalitas.org>.
<http://www.media.isnet.org>.
<http://www.hukum-Islam.co.cc>.
<http://www.elsam.or.id>.
<http://www.khilafah1924.org>.
<http://jodisantoso.blogspot.com>.
<http://www.Islamic-center.or.id>.
<http://www.uinjkt.ac.id>.
<http://asmawi.net>.
<http://www.bphn.go.id>.
<http://www.lintasberita.com>.
<http://pa-balikpapan.net>.
<http://www.charlotte.com>.
<http://www.cii.gov.pk/>.
<http://www3.interscience.wiley.com/journal>.
<http://www.iranhrdc.org/>.
<http://nasional.vivanews.com>.



DAFTAR RIWAYAT HIDUP

I. DATA PRIBADI

Nama : Asep Romdon
Tempat Tanggal Lahir : Garut, 11 September 1976
Jenis Kelamin : Laki-laki
Status : Menikah
Agama : Islam
Nama Ayah/Ibu : Drs. H.M.E. Rustandi, (Alm.) / Siti Jaozah
E-mail : Shevarando@yahoo.com.
Alamat : Jl. Anau Cerocek Ampang Pulai,
Koto XI Tarusan, Pesisir Selatan
No.Telp : 0756-431802/081363010540

II. PENDIDIKAN FORMAL

1982 – 1988 : SDN Pasanggrahan I, Garut
1988 – 1991 : MTs. Cokroaminoto, Garut
1991 – 1994 : SMA YPI Sukawening, Garut
1994 – 1995 : IAIN Sunan Gunung Jati, Bandung
1995 – 1999 : Sekolah Tinggi Ilmu Hukum YPKM Sumbar,
Painan
2008 – 2010 : Program Pascasarjana Universitas Andalas,
Padang

III. PENDIDIKAN NON FORMAL

1985 – 1994 : Pesantren Babul Huda, Garut
1994 – 1995 : Pesantren Al-Qur'an Qira'atussab'ah Kudang
Limbangan, Garut
1994 : Kursus B.Ingggris dan komputer ICB, Garut
2000 : Kursus B.Ingggris, MES, Painan
2000 : Kursus Komputer, PC, Painan
2004 : Diklat Teknis Pengisian Evaluasi Program Studi
Berbasis Evaluasi Diri (EPSBED) Perguruan
Tinggi Swasta se-Kopertis Wilayah X, Padang

IV. PENGALAMAN ORGANISASI

1989 – 1991 : Pengurus OSIS
1992 – 1994 : Ketua OSIS